Heft 49 [3073] 67. Jahrgang 3. Dezember 1938

Juristische Wochenschrift

Organ der Reichsgruppe Rechtsanwälte des NS. Rechtswahrer-Bundes
Herausgegeben von dem Reichsgruppenwalter, Rechtsanwalt Dr. H. Droege

Die Pfändung der Provision und der Spesen des Agenten

Von Dr. Sigmar Sebode, Amtsgerichtsrat, Berlin.

Die gesetzlichen Bestimmungen, welche die Pfändung der Arbeitsvergütung eines Agenten betreffen, finden sich in §§ 850 b und e ZPO. Nach § 850 b ZPO. sind neben dem Arbeits- und Dienstlohn auch sonstige wiederkehrend zahlbare Vergütungen für geleistete Arbeiten bis zu den im Gesetz näher bezeichneten Grenzen — 150 *RM* monatlich und 1/3 bzw. 1/2 bzw. 2/3 des übersteigenden Bruttolohnbetrages — der Pfändung nicht unterworfen, sofern die zu vergütenden Leistungen die Erwerbstätigkeit des Schuldners vollständig oder zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nehmen. Ergänzend erhält nach § 850e ZPO. ein Schuldner auf seinen Antrag Pfändungsschutz, wenn „in anderen als den im § 850 b ZPO. bezeichneten Fällen ein Anspruch auf Vergütung für persönlich geleistete Arbeiten oder Dienste" gepfändet ist. Hier ist dem Schuldner vom Gericht unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse und etwaiger überwiegender Belange des Gläubigers soviel zu belassen, als er während eines angemessenen Zeitraums für seinen eigenen notwendigen Unterhalt und den seiner unterhaltsberechtigten Angehörigen bedarf, jedoch nicht über die Schutzgrenzen des § 850 b ZPO. hinaus. Mit Bezug auf den Agenten (Provisionsreisenden, Vertreter) haben diese beiden gesetzlichen Vorschriften, wie in der Abhandlung von Kersting, „Der neue Vollstreckungsschutz der Agenten": JW. 1935, 88 dargetan ist und auch in der Rechtsprechung anerkannt wird (vgl. auch LG. Berlin: JW. 1937, 1445[61] und 1938, 1050[50] und KGBeschl. vom 25. Juni 1935, 8 W 3610/35), die Bedeutung, daß die sog. „arbeitnehmerähnlichen" Agenten, die „echten" (ErlBuch Jonas, § 850 b ZPO., Anm. II 2 a), die wiederkehrend zahlbare Vergütungen für die von ihnen geleisteten Arbeiten erhalten, unter § 850 b ZPO. fallen, während die sog. „selbständigen" Agenten als einer Personengruppe, die nicht in gleichmäßiger Folge, sondern in unregelmäßigen Abständen und aus verschiedenartigen Quellen Arbeitseinkünfte beziehen, unter dem Vollstreckungsschutz des § 850e ZPO. stehen. Während jedoch der Pfändungsschutz des § 850 b ZPO. kraft Gesetzes eintritt, d. h. ohne daß es eines Antrages des Agenten bedarf, ist in den Fällen des § 850e ZPO. stets ein dahingehender Antrag des Schuldners an das Gericht erforderlich.

I. Der Pfändungsschutz erstreckt sich auf die Vergütungen, die der Agent auf Grund seiner Tätigkeit erhält. Was im einzelnen gepfändet werden soll bzw. gepfändet ist, ergibt der Antrag und der Wortlaut des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses. Üblicherweise werden diese so weit gefaßt — es werden gepfändet die angeblichen Ansprüche auf Lohn, Gehalt oder sonstige Bezüge, insbesondere Provision, Tantieme und Gratifikation aus dem Arbeits- oder Dienstverhältnis —, daß jede Art von Vergütungsanspruch in die Pfändung mit einbezogen ist. Die Pfändung erstreckt sich somit nicht nur auf die Provision des Agenten, sondern auch auf sonstige durch sein Arbeitsverhältnis begründete Ansprüche wie auf Gewährung eines Fixums, einer Gewinnbeteiligung usw. Von diesen Summen sind mithin in den Fällen des § 850 b ZPO. von Amts wegen, in den Fällen des § 850e ZPO. auf Antrag des Schuldners die gesetzlich vorgeschriebenen Summen dem Agenten pfandfrei zu belassen.

Ob die Pfändung nach der einen oder der anderen gesetzlichen Bestimmung erlassen wird, hängt von dem Vorbringen des Gläubigers ab. Dieses ist für den Erlaß des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses maßgebend. Behauptet demnach ein Gläubiger, daß die Leistungen des Agenten bei der Drittschuldnerin seine Erwerbstätigkeit weder vollständig noch auch nur zu einem wesentlichen Teil in Anspruch nähmen, stellt er also das Vorliegen der Voraussetzungen des § 850 b ZPO. in Abrede, so ist zunächst die unbeschränkte Pfändung und Überweisung der Provisionsansprüche des Agenten vorzunehmen (LG. Berlin: JW. 1936, 2365[61]), und es muß dem Schuldner überlassen bleiben, im Wege der Erinnerung die Voraussetzungen der §§ 850 b oder 850e ZPO. darzulegen.

Bei der Berechnung des hiernach pfändbaren Teiles des Vergütungsanspruches des Agenten können sich nun gewisse Schwierigkeiten ergeben. Diese tauchen insbesondere auf, wenn sog. „Rückbelastungen" vorgenommen werden müssen. Dies ist dann der Fall, wenn Provisionen dem Schuldner beim Abschluß des Geschäfts gutgebracht sind, das Geschäft aber alsdann nicht zur Ausführung gelangt ist. Hier entspricht es der allgemeinen Auffassung und den kaufmännischen Gepflogenheiten, die vor endgültiger Erledigung des Abschlusses gegebenen Provisionen bei nachträglichem Wegfall der Provisionspflicht nicht nur zurückzugewähren, sondern ohne weiteres auf künftige Verdienste zu verrechnen (Hochreuther: DA-Recht 1938, 65). Ist also die Provision bei Abschluß des Geschäfts zu gewähren, so ist sie in diesem Zeitpunkt verdient. Hiernach ist alsdann der pfändbare Teil der Provision zu berechnen. Die Bedingung der Rückerstattung ändert hieran nichts. Die Rückbuchung bedeutet nur eine Minderung des Verdienstes des Monats, in welchem sie vorgenommen wird, so daß sich für den betreffenden Zeitabschnitt für den Gläubiger eine geringere Pfändungssumme ergibt, falls die Einnahmen des Schuldners überhaupt die Pfändungsgrenze überschreiten. Jede andere Lösung muß notwendigerweise zu Verwicklungen und Unzuträglichkeiten führen.

Inhaltlich verwandt mit den Rückbelastungen ist die Frage, ob eine „Ausgleichung" vorzunehmen ist, wenn in einem Monat die Einnahmen die Pfändungsgrenze übersteigen, während sie in dem vorausgehenden Monat unter der Pfändungsgrenze lagen. Dieser Ausgleich ist von größter Bedeutung für den Agenten. Er wird hierdurch in den Stand gesetzt, Vermögenseinbußen, die er in dem einen Monat durch geringes Verdienst erlittten hat, und die er z. B. nur durch Aufnahme eines Darlehns hat überwinden können, durch eine Heraufsetzung des pfandfreien Lohnbetrages in einem der nachfolgenden Mo-

nate auszugleichen. Der Ausgleich ist notwendig und seine Zulässigkeit aus sachlich-wirtschaftlichen Gründen und als allein der Billigkeit entsprechend zu bejahen (vgl. Jonas: JW. 1936, Anm. S. 3490). Zweifelhaft kann nur sein, innerhalb welchen Zeitraums der Ausgleich vorzunehmen ist. Mit einer allzu ängstlichen Begrenzung, etwa auf die beiden unmittelbar aufeinanderfolgenden Zeiträume (Monate, Wochen), würde man der Sachlage nicht gerecht. Das KG. läßt demzufolge auch einen Ausgleich „innerhalb der letzten Monate" zu (KGBeschl. v. 26. Juni 1935, 8 W 3610/35), wodurch im Interesse des Agenten eine gewisse Freizügigkeit in der Anwendung des Ausgleichs geschaffen ist.

Schwierigkeiten bei der Errechnung des pfändbaren Vergütungsanspruches ergeben sich erfahrungsgemäß weiter da, wo der Geschäftsherr dem Agenten einen „Vorschuß" auf die voraussichtlich zu verdienende Provision usw. gewährt hat. Solche Vorschußzahlungen bedeuten rechtlich mangels Anhalts für einen abweichenden Parteiwillen bei der Zahlung nicht ein selbständiges Darlehen mit der Möglichkeit späterer Aufrechnung gegen die Gehaltsforderung bei deren Fälligkeit. Vielmehr ist hierin eine Vorauszahlung auf die noch entstehende Vertragsschuld in Erwartung der künftigen Gegenleistung des Empfängers der Vorschüsse zu erblicken. Hier entsteht nun die Frage, ob sich gleichwohl die Pfändungsgrenze nach dem gesamten dem Agenten zustehenden Provisionsanspruch — also einschließlich des bereits erhaltenen Vorschusses — berechnet. Dies dürfte zu bejahen sein. Der Zweck des Gesetzes einerseits, dem Schuldner einen bestimmten zum Leben unentbehrlichen Teil seines Einkommens pfandfrei zu erhalten, andererseits das besonders in dem Gesetz v. 24. Okt. 1934 zum Ausdruck gekommene Ziel des Gesetzgebers, den Gläubiger vor der Beeinträchtigung seines Zugriffsrechts über das Maß der notwendigen Einschränkung hinaus durch willkürliche Maßnahmen des Schuldners zu schützen, führen zu dem Ergebnis, daß für die Frage der Pfändbarkeit von dem gesamten Einkommen des Schuldners unter Einrechnung etwaiger Vorauszahlungen auszugehen ist und von diesem als dem Zugriff des Gläubigers entzogen der pfandfreie Teil für den betreffenden Zeitraum abzuziehen ist. Dieser vom RArbG. in der Entsch. v. 29. Febr. 1936: ArbRSamml. 26, 217 für den Fall einer Lohnpfändung entwickelte Gedankengang trifft voll inhaltlich auch für den Provisionsreisenden zu, so daß kein Anlaß bestehen dürfte, diesen irgendwie hier anders zu behandeln. Die Stellung des Gläubigers kann also von der Vorauszahlung nicht berührt werden, soweit überhaupt noch eine Forderung des Schuldners an den Drittschuldner besteht. Das Recht des Pfändungsgläubigers kann nicht weiter gehen als das des Schuldners. Vorschüsse muß sich der Schuldner aber nach dem Sinne des Gesetzes auf den pfandfreien Teil seines Lohnes verrechnen lassen, und der Drittschuldner kann sich dem Pfandgläubiger gegenüber nicht auf ein anteilmäßiges Erlöschen seiner Schuld berufen. Dieses Ergebnis entspricht allein der Billigkeit. Denn andernfalls könnte ein Schuldner jede Pfändung dadurch unmöglich machen, daß er den Drittschuldner zu einer entsprechenden Vorschußzahlung veranlaßt.

II. Ungleich schwieriger als die Frage nach der Pfändung der eigentlichen Provision stellt sich die weitere Frage der Pfändung der Spesen und Auslagen des Agenten. Mit der Tätigkeit eines Agenten sind regelmäßig mehr oder minder große Unkosten verbunden, sei es, daß dem Agenten als Reisenden, Stadtreisenden, Platzvertreter usw. Unkosten für Eisenbahnfahrten, Haltung eines eigenen Kraftwagens, für Straßenbahn, Omnibus, für Übernachtung in den Hotels und Verpflegung während der Abwesenheit von seinem Wohnort, für Gepäckbeförderung, Trinkgelder, für Fernsprechgebühren, Schreibmaterial, Porto usw. entstehen, oder er z. B. auf Grund eines Agenturvertrages einen Bezirk zu organisieren hat, notwendige Untervertreter anzustellen, schriftlich zu werben und einen ausgedehnten Bezirk zu bereisen hat. Ob diese Unkosten zu seinen Lasten oder zu Lasten des Geschäftsherrn gehen, richtet sich jeweils nach Lage der Sache bzw. nach den getroffenen ausdrücklichen oder stillschweigenden Abmachungen. Für den Fall, daß die Spesen ganz oder zum Teil zu ersetzen sind, kann ein bestimmter Pauschsatz festgesetzt werden; es kann aber auch die Erstattung der Spesen im einzelnen vereinbart sein; die Spesen können neben der Provision gesondert ausgeworfen, sie können aber auch mit der Provision ungetrennt verbunden sein, etwa in Form einer fest zugesagten Mindestprovision oder eines auf die Provision zu verrechnenden festen Vorschusses. In diesen Fällen wird es grundsätzlich als im Sinne des Vertrages liegend angesehen werden müssen, daß der Reisende eben nicht das Spesenrisiko seiner Reisetätigkeit tragen soll und der Festbetrag ganz oder zum Teil Pauschsatz für die Aufwendungen sein soll (Jonas: JW. 1936, Anm. S. 890). Soweit der Reisende die Spesen, die er erstattet verlangen kann, selbst verauslagt hat, hat er insoweit einen Ersatzanspruch gegen den Geschäftsherrn. Legt umgekehrt dieser die Spesen dem Agenten vor, so gewährt er ihm in entsprechender Höhe Vorschüsse auf die Spesen bzw. die Provision.

Über die Pfändung der Spesen findet sich im Gesetz keine ausdrückliche Bestimmung. Nach dem bis 1. Jan. 1935 in Geltung befindlich gewesenen § 3 Abs. 2 LohnbeschlG. war die Regelung die, daß, falls die Vergütung mit dem Preise oder Wert für Material oder mit dem Ersatz anderer Auslagen in ungetrennter Summe bedungen war, als Vergütung im Sinne des Gesetzes der Betrag als vereinbart galt, welcher nach Abzug des Preises oder des Wertes der Materialien oder nach Abzug der Auslagen übrigblieb. Der Teil der Vergütung, der dem Ersatz von Auslagen diente, war demnach unbeschränkt pfändbar. Diese Vorschrift ist in den neu gefaßten, an Stelle der alten Lohnpfändungsvorschriften getretenen § 850 b ZPO. nicht mit übernommen worden. Es muß demnach davon ausgegangen werden, daß auch diejenigen Elemente der Gesamtforderung, die den Charakter von Ersatzansprüchen tragen, jedenfalls zum mindesten den Lohnpfändungsschutz mit genießen (Jonas a. a. O. S. 890 und Jonas, ErlBuch, 15. Aufl., § 850 b ZPO., II 1 a zu Anm. 10 für den Fall der ungetrennten Berechnung von Auslagen [Spesen]). Es entsteht aber die weitere Frage, ob und inwieweit Ansprüche der in Rede stehenden Art über die Pfändungsgrenzen der §§ 850 b und e ZPO. hinaus überhaupt gänzlich pfandfrei zu belassen sind.

Man muß hierbei davon ausgehen, daß Spesen grundsätzlich kein Gehalt oder sonstige Vergütung für geleistete Arbeit sind, sondern lediglich Ersatz für gemachten Aufwand, für wirklich gemachte Aufwendungen. Grundsätze der Pfändungsgrenzen, die für das Gehalt gelten, können demnach schon ihrer Natur nach gar nicht bei der Frage der Pfändbarkeit oder Unpfändbarkeit von Spesen maßgebend sein.

Die Entscheidung dürfte aus dem Gesichtspunkt der Zweckgebundenheit der Spesenforderung heraus gefunden werden. Auf dem Gebiete des Vollstreckungsnotrechts hat der Gedanke der zweckgebundenen Forderung bereits seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden. Nach § 19 der VollstrVO. v. 26. Mai 1933 ist die Pfändung von Miet- und Pachtzinsen insoweit unzulässig, als der Schuldner die Einnahmen aus der Miete bzw. der Pacht braucht, um das Grundstück laufend zu unterhalten, zur Vornahme notwendiger Instandsetzungsarbeiten und zur Befriedigung von Ansprüchen, die bei der Zwangsvollstreckung in das Grundstück dem Anspruch des Gläubigers nach § 10 ZwVerstG. vorgehen. Die Mieten sollen also nicht zur Bestreitung der persönlichen Bedürfnisse des Schuldners bzw. zur Befriedigung seiner persönlichen Gläubiger dienen, vielmehr sollen erkennbar daraus in erster Linie diejenigen Unkosten gedeckt werden, die mit dem Besitz eines Grundstücks verbunden sind. Die Miete bzw. die Pacht ist also zweckgebunden. Eine Übertragung dieses Gedankens aus dem Gebiete des Vollstreckungsnotrechts auf das sonstige Vollstreckungsrecht ist naheliegend und auch geboten, zumal sich ähnliche Gedanken einer zweckgebundenen und daher unpfändbaren Leistung auch in der ZPO. selbst, z. B. in §§ 811 Ziff. 8, 850 Abs. 2 Satz 2 ZPO. finden.

Soweit ersichtlich ist in einer veröffentlichten Entscheidung erstmalig vom LG. Frankfurt a. M.: JW. 1927, 727 der Gedanke der Zweckgebundenheit einer Spesenforderung ver-

treten worden. Im Anschluß hieran hat das RArbG. in einer Entscheidung: HöchstRRspr. 1931 Nr. 604 und ArbRSamml. 26, 215 = JW. 1936, 1245[39] hervorgehoben, Beträge seien nicht pfändbar, die dem Schuldner nicht zu freiem Eigentum zufließen, hinsichtlich deren er vielmehr durch ein Treueverhältnis dahin gebunden ist, daß er sie nicht zu seinem Vorteil gebrauchen dürfe, sondern nur zu bestimmt vorgeschriebenen Zwecken im Interesse seines Dienstherrn zu verwenden habe. Hinsichtlich solcher Beträge besteht Einigkeit darüber, daß die Forderung darauf an einen Dritten nicht abgetreten werden kann, da die Leistungen des Dienstherrn im Sinne des § 399 BGB. eine Veränderung ihres Inhalts erfahren würden, wenn der Dienstherr an einen Zessionar zahlen müßte. Aus § 399 BGB. in Verb. m. § 851 ZPO. ergibt sich in diesem Falle die Unpfändbarkeit. Bei diesen Entscheidungen handelte es sich indes nur um solche Leistungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer mit der ausdrücklichen Auflage der Verwendung für ganz bestimmt vorgeschriebene Zwecke machte. Fälle solcher Art sind z. B. die Ansprüche auf Zahlung von Auslösungsbeträgen, die dem Dienstverpflichteten lediglich im Interesse des Dienstherrn in den Stand setzen sollen, auswärts zu arbeiten oder Ansprüche des Reisenden gegen den Geschäftsherrn auf zur Verfügungsstellung eines Geldbetrages für die Bezahlung von Fahrkarten und Gasthofrechnungen, welchen der Reisende nur für diese Zwecke verwenden darf oder Ansprüche auf vorschußweise Ausantwortung von Beträgen zur Entlohnung des von dem Dienstverpflichteten angestellten Unterpersonals.

Eine unterschiedliche Behandlung dieser Fragen setzt aber da ein, wo eine solche Auflage, eine Vereinbarung mit dem Arbeitgeber, einen Teil der Bezüge zu bestimmt vorgeschriebenen Zwecken im Interesse des Drittschuldners zu verwenden, nicht vorliegt. Hier stehen sich die Ansichten des OLG. Frankfurt a. M. und des KG. gegenüber. Die Rechtsprechung des OLG. Frankfurt geht dahin, eine Zweckgebundenheit und damit die Unpfändbarkeit der Spesen nur dort anzunehmen, wo sie eine „rechtliche“, nicht eine bloß „tatsächliche“ ist. Zur Annahme einer Zweckgebundenheit kann es nach dem betreffenden Beschluß v. 18. Okt. 1935 (JW. 1936, 343[37]) nicht genügen, wenn nur die Vergütung mit Rücksicht darauf, daß der Agent voraussichtlich große Aufwendungen zu machen haben wird, besonders hoch bemessen ist. Denn dann bestehe zwischen der Höhe der Vergütung und den erwähnten Aufwendungen nur ein rein tatsächlicher Zusammenhang. Vielmehr sei erforderlich, daß der Agent durch Vereinbarung mit dem Drittschuldner gehalten sei, einen Teil der ihm zufließenden Bezüge zu bestimmt vorgeschriebenen Zwecken im Interesse des Drittschuldners zu verwenden. Nur dann liege eine rechtliche Zweckgebundenheit vor, welche eine Pfändung gemäß § 851 ZPO. ausschließe. Demgegenüber vertritt das KG. im Beschluß vom 10. Dez. 1935: JW. 1936, 519 den Standpunkt, daß zweckgebunden und unpfändbar die Bezüge des Schuldners schon dann und insoweit seien, als sie zur Bestreitung des notwendigen Reiseaufwandes überhaupt erforderlich sind. In diesem Umfange würden ihm die Beträge nicht zu freier Verfügung, sondern mit der Bestimmung zugewandt, sie zur Bestreitung des Reiseaufwandes zu verwenden und nicht etwa zu seinem eigenen Vorteil. Hinsichtlich dieser Beträge habe der Schuldner mehr die Eigenschaft eines Treuhänders als die eines unbeschränkt Verfügungsberechtigten. Der Auffassung des KG. dürfte unbedingt der Vorzug zu geben sein, da nur mit ihr ein den wirtschaftlichen Bedürfnissen gerecht werdendes Ergebnis erzielt wird. Ob die Abrede in der einen oder anderen Form getroffen wird, hängt mehr oder weniger von zufälligen Momenten ab, ohne daß die Parteien hierbei das eine oder andere Ziel im Auge gehabt haben. In jedem Falle sollte das Spesenrisiko nicht zu Lasten des Agenten gehen, nur daß dies nicht unbedingt klar zum Ausdruck gekommen ist. Von der Zufälligkeit der so oder so gefaßten Abrede kann aber der Umfang der Pfändbarkeit nicht abhängig gemacht werden. Es ist daher kein innerer Grund ersichtlich, die Entscheidung darauf abzustellen, ob die Spesen gesondert ausgeworfen, also spezialisiert zu erstatten sind oder ungesondert in Form von Pauschbeträgen abgegolten werden. In beiden Fällen ist vielmehr die Pfändung der Spesen unter dem Gesichtspunkt der treuhänderischen Zweckgebundenheit zu verneinen (so auch Jonas: JW. 1936, Anm. S. 891; RArbG.: JW. 1936, 1245).

Für die Frage der Unpfändbarkeit der Spesen kann es nun des weiteren keinen Unterschied ausmachen, ob das, was dem Agenten an Entschädigung, Provision usw. gezahlt wird, rechtlich Ersatz für die Vergangenheit oder Vorauszahlung bzw. Vorschuß für den beginnenden Zeitabschnitt ist. Von einer zweckgebundenen, treugutartigen Leistung kann man eigentlich nur im letzteren Falle sprechen, da hier der Spesenbetrag erst für die genannten Zwecke Verwendung finden soll, und zwar zudem auch nur in bezug auf das einzelne vorliegende Geschäft. Doch von diesem streng formalen Standpunkt aus würde man die laufende Tätigkeit eines zahlreiche Geschäfte vermittelnden Agenten in die einzelnen Geschäfte zerlegen und darüber hinaus die Entscheidung auf das rein zufällige Moment abstellen, ob der Reisende seinerzeit seine Tätigkeit unter Inanspruchnahme eines eigenen „Betriebsmittelfonds“ begonnen hatte oder nicht. Von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus gesehen, läßt sich die Tätigkeit des Agenten nur einheitlich nach der Gesamtheit der Geschäfte betrachten, wobei die in der Gesamtvergütung enthaltene Entschädigung bzw. bei gesonderter Berechnung die Ersatzforderung ohne Rücksicht auf Rückwärts- oder Vorwärtsverrechnung in jedem Falle Auffüllung des für die beginnende Periode benötigten Betriebsmittelfonds ist. Dieser wirtschaftlichen Betrachtung muß der Vorzug vor einer zum gegenteiligen Ergebnis führenden, streng formal rechtlichen Auffassung gegeben werden (Jonas: JW. 1936, Anm. S. 891 und 1245 und Hochreuther a. a. O. S. 67). Als dem Sinne der Vorschriften des § 399 BGB., § 851 ZPO. entsprechend, muß daher auch die Unpfändbarkeit des Spesenersatzanspruches angenommen werden. Würde die Pfändung der Ansprüche auf Erstattung der baren Auslagen zugelassen werden, so würde der Agent nicht mehr in der Lage sein, weitere Aufwendungen im Interesse seines Dienstherrn zu machen, so daß ihm die Fortsetzung seiner Diensttätigkeit genau so unmöglich gemacht würde, wie bei der Pfändung von Ansprüchen auf Zahlung des Vorschusses (Volkmar, Anm. zur Entsch. des RArbG.: ArbRSamml. 26, 221). Ein solches Ergebnis entspricht aber in keiner Weise den Bedürfnissen der Wirtschaft und kann daher auch vom Rechtsstandpunkt aus nicht gebilligt werden.

Die mit dem Reisenden vereinbarten Spesen brauchen sich nun keineswegs mit dem tatsächlichen Reiseaufwand zu decken. Dieser kann niedriger, er kann aber auch höher sein. Im ersteren Falle ist der überschießende Spesenbetrag nichts anderes als versteckter Lohn. Es ist daher bei der Berechnung der Pfändungssumme ein entsprechender Abzug an der Vergütung gerechtfertigt. Fälle solcher Art werden insbesondere dort vorliegen, wo die Parteien zur Ersparung von Lohnsteuer die Spesensätze absichtlich auf Kosten der Provision auffallend hoch bemessen haben. Hier hat das RArbG. in ArbRSamml. 26, 170 sowie das LArbG. Düsseldorf in der Entsch. ArbRSamml. 29, Teil II S. 197 — allerdings für Fälle einer Gehaltszahlung — ausgesprochen, daß insoweit Reisespesen Gehalt darstellen. Gleiches ist für die Fälle der Provision anzunehmen.

Ist hingegen der tatsächliche Reiseaufwand höher als die vereinbarten Spesen, so muß sich der Gläubiger eine weitere Freistellung des überschießenden Spesenbetrages von der Arbeitsvergütung (Provision usw.) gefallen lassen, da für die Pfandfreiheit der Spesen nur der wirkliche, nicht der angenommene Aufwand maßgeblich sein kann. Allerdings muß hier zugunsten des Gläubigers berücksichtigt werden, daß der Reisende im Interesse seiner Gläubiger für verpflichtet erachtet werden muß, seine Spesen so niedrig wie möglich zu halten, jedenfalls keinen überflüssigen Spesenaufwand zu treiben.

Weiterhin ist in diesem Zusammenhang zu beachten, daß bezüglich der persönlichen Spesen der auf Reisen lebende Vertreter einen Teil derjenigen Kosten einspart, die er zu Hause für seinen Lebensunterhalt aufwenden müßte. Dieser einge-

sparte Betrag ist nach der Rechtsprechung des KG. (KGBeschl. v. 26. April 1935, 8 W 2333/35) bei der Ermittlung der Pfändungsfreigrenze durch eine entsprechende Herabsetzung des Pfändungsfreibetrages zu berücksichtigen.

Was im Einzelfalle als Spesen abzusetzen ist, richtet sich nach Lage der Sache. Beispielsweise geht das KG. in dieser Hinsicht so weit, bei den Kosten der Unterhaltung eines Kraftwagens sogar einen gewissen Betrag für die Abnutzung des Kraftwagens mit zu berücksichtigen (KG.: JW. 1936, 519). Ob man allerdings mit der Einsetzung einer Amortisationsrate nicht allzusehr die Rechte des Gläubigers beeinträchtigt, mag dahingestellt bleiben. Auf der anderen Seite aber muß dem Richter ein gewisser Spielraum bei der Ermittlung des Freibetrages gewährt werden, damit gänzlich unzweckmäßige und allzu umständliche Ermittlungen vermieden werden. Das Gericht dürfte vielfach auch ohne Beweiserhebung auf Grund seiner Kenntnis der Lebensverhältnisse, insbesondere der oft eine Rolle spielenden örtlichen Verhältnisse, in der Lage sein, den wirklich entstandenen oder angemessenen Spesenbetrag zu errechnen. Daß hierbei eine kleinliche Abwägung jedes Pfennigbetrages nicht am Platze ist, hat das RArbG. in der erwähnten Entscheidung (JW. 1936, 1245) noch besonders ausgesprochen.

III. Die bisherigen Ausführungen bezogen sich lediglich auf die Fälle, in denen Spesen ganz oder zum Teil zu Lasten des Geschäftsherrn gingen. Zu prüfen bleibt noch die Frage der Berücksichtigung von Spesen, soweit sie vom Agenten selbst zu tragen sind. Er ist alsdann ausschließlich auf Provision, ein Fixum oder dgl. gestellt, und muß hiervon seine Unkosten bestreiten. Hier meint Jonas (a. a. O. S. 890), daß durch diese Form der Entlohnung eindeutig zum Ausdruck gebracht sei, daß das Risiko der Tätigkeit einschließlich der größeren oder geringeren Aufwandes an Reisespesen der Agent tragen solle. Einen Teil der Provisionseinnahmen als treugutartig gebundene Entschädigung für Aufwendungen aufzufassen, ginge hier nicht an. Mit dieser Auffassung dürfte man aber der Lage des Agenten nicht gerecht werden. Es wird sich hier, wie die Praxis lehrt, vielfach gerade um jene kleinen Agenten handeln, die, um überhaupt eine Vertretung zu erhalten, auch unter ungünstigen Bedingungen zu arbeiten gezwungen sind, und die, um sich ein einigermaßen ausreichendes Einkommen zu sichern, oft gleichzeitig mehrere Vertretungen annehmen. Würde man gerade hier die tatsächlich entstandenen Spesen außer acht lassen, so wäre dies für die Vertreter besonders hart. Die Entscheidung kann nun allerdings nicht davon abhängen, ob der Vertreter ein größeres oder geringeres Verdienst hat. Doch erscheint in jedem Falle — auch bei höherem Verdienst — die Pfandfreiheit der tatsächlichen Unkosten geboten und auch rechtlich vertretbar. Das KG. hat in der mehrfach erwähnten Entscheidung darauf hingewiesen, daß eine Reihe von Gesetzesvorschriften erkennen lassen, daß es dem Gesetzgeber darum zu tun war, dem Schuldner, der durch eigene Arbeit seinen Lebensunterhalt verdient, nach Möglichkeit die Grundlagen seiner Erwerbstätigkeit zu erhalten. Das KG. weist auf § 811 Ziff. 5 ZPO. — Belassung der zur Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Gegenstände — ferner auf § 811 Ziff. 4, 7 u. 9 ZPO. hin und erblickt eine Rechtsähnlichkeit der sog. Spesen mit den bezeichneten Fällen darin, daß die Tätigkeit eines Reisenden in der Regel nicht möglich ist, ohne daß er bestimmte Beträge für besondere Unkosten aufwendet. Ebenso wie ein Handwerker das Handwerkszeug und der Landwirt die Wirtschaftsgeräte, bedürfe der Reisende zur Fortführung seiner Erwerbstätigkeit gewisser Beträge zur Bestreitung von Ausgaben, so daß kein innerer Grund bestehe, die Forderung des Schuldners gegen seinen Arbeitgeber, soweit diese Forderung auf Bezahlung der Spesen gehe, anders zu behandeln als die sonstigen zur persönlichen Fortsetzung der Erwerbstätigkeit erforderlichen Sachen. Erkennt man diese Darlegungen als richtig und überzeugend an, so ist aber nicht einzusehen, weshalb man in Bezug auf die Spesen einen Unterschied machen soll, ob die Spesen dem Agenten zu vergüten oder von ihm selbst zu tragen sind. In beiden Fällen handelt es sich um mit der Tätigkeit verbundene Unkosten, die einen Verdienst des Agenten in keinem Falle darstellen. Der von Jonas angeführte Gesichtspunkt des Geschäftsrisikos rechtfertigt auch keine andere Auffassung, denn, falls die Spesen geringer als anfänglich angenommen sind, also das „Risiko" sich zugunsten des Schuldners entwickelt hat, so ist der Verdienst und damit auch der Pfändungsbetrag entsprechend größer. Das Risiko wird also dadurch ausgeglichen. Ist endlich der Vertreter für mehrere Geschäftsherrn tätig, so sind die Spesen insgesamt zu berechnen und anteilig von den Vergütungsansprüchen gegen die mehreren Drittschuldner in Abzug zu bringen. Diese Handhabung entspricht der bekanntgewordenen Rechtsprechung des LG. Berlin.

Sind die Spesen teils vom Geschäftsherrn, teils vom Agenten zu tragen, so wird eine gemeinschaftliche Berücksichtigung der Ausführungen sowohl zu II. als III. zum richtigen Ergebnis führen.

IV. In prozessualer Hinsicht ist noch zum Schluß zu bemerken, daß der Schuldner im Wege der Erinnerung nach § 766 ZPO. die Nichtbeachtung der Pfändungsgrenze des § 850 b ZPO. rügen bzw. durch Antrag gemäß § 850 e ZPO., der allerdings sachlich auch nichts anderes als eine Erinnerung ist (Baumbach, ErlBuch., § 850 e Anm. 2 ZPO.), die Festsetzung der Lohnpfändungsfreigrenze bewirken muß. In gleicher Weise hat er vorzugehen, um die Absetzung des Spesenfreibetrages zu erlangen. Gegen die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts steht ihm das Rechtsmittel der sofortigen Beschwerde zu.

Der Drittschuldner hat ebenfalls das Recht der Erinnerung nach § 766 ZPO. Ob ihm indes dieses Recht auch als Einwand in dem vom Gläubiger gegen ihn auf Grund des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses angestrengten, auf Zahlung gerichteten Prozesse zusteht, ist nicht unstreitig. Die Rechtsprechung (RGZ. 93, 77; 146, 295 = JW. 1935, 1624[8]; Sydow-Busch, ErlBuch, § 850 a 4 Abs. 3 ZPO.) läßt den Einwand der Unpfändbarkeit hier jedenfalls insoweit zu, als er zugleich den materiellen Anspruch berührt, was nach dieser Rechtsprechung bei dem Einwand der Unpfändbarkeit nach § 399 BGB., § 851 ZPO. der Fall ist. Hingegen hat in den Fällen der Unpfändbarkeit nach der früheren Lohnpfändungsverordnung bzw. den jetzigen Bestimmungen der §§ 850 ff. ZPO. die höchstrichterliche Rechtsprechung bisher stets den Standpunkt vertreten, daß der Drittschuldner auf die Klage des Pfändungspfandgläubigers zu verurteilen und auf die Erinnerung mit nachfolgender Vollstreckungsgegenklage zu verweisen sei. Jonas weist mit Recht darauf hin (§ 829 VII 2a ZPO.), daß es ein nicht zu rechtfertigender Formalismus wäre, wenn man in der erwähnten Weise vorgehen wollte und dem Drittschuldner zumuten wollte, in drei gerichtlichen Verfahren das zu erreichen, was er schon bei Zulassung seiner Einwendung im ersten Prozeß hätte erreichen können. Gerade der Gesichtspunkt, eine Ersparung von unnötigen Prozessen und die Vorrangstellung von praktischen Erwägungen gegenüber formal-rechtlichen erfordert unbedingt die uneingeschränkte Zulassung der Einwendung im Rechtsstreit, mag es sich nun um die Geltendmachung nach §§ 851 oder 850 ZPO. handeln.

Rechtsbehelfe gegen die Vollstreckung rechtskräftig festgestellter übermäßig hoher alter Zinsforderungen[1])

Von Gerichtsassessor Dr. Ewald Krupp, Heidelberg

I. Allgemeines

Einer der praktisch bedeutsamsten Grundbegriffe unseres Zivilrechts ist die Rechtskraft. Sie ist eine endgültige und grundsätzlich unabänderliche Sicherung eines durch nicht mehr anfechtbares Urteil festgestellten zivilrechtlichen Anspruches. Damit ist sie zwar einerseits eines der wertvollsten Güter der Rechtsordnungen moderner Kulturstaaten, aber andererseits auch gleichzeitig — eben aus ihrer Natur der Endgültigkeit und Unabänderlichkeit des mit ihr verbundenen subjektiven Rechtes (z. B. eines Geldanspruches) — ein möglicherweise sehr gefährliches Instrument in der Hand eigennütziger und skrupelloser Inhaber solcher Rechte. Hierbei ist von den praktisch seltenen und auch vom Gesetzgeber bewußt und gewollt nur ausnahmsweise zugelassenen Fällen der gesetzlichen Möglichkeit einer Vernichtung der Rechtskraft, der Abänderungs- (§ 323 ZPO.), Nichtigkeits- (§ 579 ZPO.) und Restitutionsklage (§ 580 ZPO.) abgesehen[2]). Alle nicht unter diese drei kasuistisch begrenzten Möglichkeiten fallenden rechtskräftig festgestellten Ansprüche gewähren im allgemeinen eine 30jährige uneingeschränkte und jederzeitige Vollstreckungsmöglichkeit. Erst nach Ablauf dieser langen Frist kann der Schuldner die Verjährungseinrede, § 218 BGB., und zwar im Wege der Vollstreckungsgegenklage[3]), geltend machen. Aber in einer so langen Zeit kann sich vieles ereignen, wodurch in einzelnen oder auch in ganzen Gruppen von gleichartig oder ähnlich gelagerten Fällen ohne Einflußnahme der Parteien dieses hohe Gut der Rechtskraft ohne weiteres zu einem Zwangs- und Zerrbild wirklicher Gerechtigkeit und wirklichen Rechts wird. Das hat gerade die jüngste Gegenwart mit realster Deutlichkeit gezeigt[4]). Was dem Volke auf seinen beiden wichtigsten Lebensgebieten, der Weltanschauung und der Wirtschaft, die beide in ihrer ethischen Grundlegung immer auf eine gemeinsame Quelle zurückzuführen sind, früher von seiner geistigen und politischen Führung als absolut gültiger, positiver Wert hingestellt worden ist, — insbesondere also der möglichst ungehemmte Liberalismus und Individualismus —, stellt sich heute im Lichte nationalsozialistischer Erkenntnis als ein (nunmehr zusammengebrochenes) volksschädliches Zweckgebäude, gegründet auf krassem Egoismus und in dessen Dienst stehenden wurzellosen Thesen und Theorien materialistischster Art, dar. Der Liberalismus in Weltanschauung und Wirtschaft und sein folgerichtiges Mißergebnis, der geistige und materielle Klassenkampf, ist heute bei uns als eine der minderwertigsten aller denkbaren soziologischen Strukturen erkannt. An seine Stelle ist in Theorie und Praxis das alle Volksgenossen ergreifende und sie gleicherweise ehrende wie aber auch total verpflichtende Gemeinschaftsprinzip aller Volksgenossen untereinander getreten.

Von der unumstößlichen Tatsache dieser grundlegenden Veränderung ausgehend, müssen auch Recht und Rechtsprechung — je eher desto besser — Wege finden, die Rechtskraft da zunichte zu machen, wo der mit ihr versehene Anspruch einer überwundenen Auffassung entspringt.

Einen — nicht nur juristisch-konstruktiven, sondern auch in seiner moralischen Haltung dem neuen Denken verwandten — Anhaltspunkt hierfür gibt schon die ältere Rechtsprechung hierzu: über die oben erwähnten gesetzlichen Ausnahmen hinaus hat bekanntlich vor allem das RG. schon seit Jahrzehnten eine Möglichkeit der Vernichtung der Rechtskraft zugelassen, nämlich in den Fällen, in denen es den Tatbestand des § 826 BGB. als vorliegend erkannte[5]). Es handelt sich dabei im wesentlichen um solche Fälle, in denen eine Partei ein rechtskräftiges Urteil durch rechts- oder sittenwidrige Handlungen herbeigeführt (erschlichen) hat bzw. ein auf nachgewiesenermaßen falschen Tatsachen beruhendes Urteil sittenwidrig ausnutzt[6]). Diese Rechtsprechung war jedoch auf ganz vereinzelte und meist in tatsächlicher Hinsicht sehr verschieden gelagerte Fälle beschränkt. In den letzten Jahren haben wir nun aber, wie gesagt, erlebt, daß ganze rechtlich bedeutsame Lebenskomplexe geschlossen und ohne eine darauf gerichtete Mitwirkung der Parteien eine grundlegende Umgestaltung durchgemacht haben. Eines der am deutlichsten in Erscheinung tretenden und in der täglichen Praxis aktuellsten Beispiele hierfür ist die Änderung der Anschauungen über den Gewinn ohne Arbeit, den Zins. Es mag betont sein, daß ohne den Zins als solchen die Konstruktion auch unseres heutigen Wirtschaftslebens kaum denkbar wäre (man denke z. B. an die Bank- und Sparkassengeschäfte wie auch an die Mieten und Pachten u. a.). „Brechung der Zinsknechtschaft“ ist aber auch durchaus nicht gleichbedeutend mit Beseitigung des Zinses überhaupt. Vielmehr enthält dieses nationalsozialistische Programmwort nur die Forderung nach volkswirtschaftlich gerechtfertigten und insofern dann auch natürlicherweise gerechten Zinssätzen. Mehrere Jahre nunmehr praktisch durchgeführter Zurückführung des Zinses auf das nach diesen Gesichtspunkten vernünftige Maß haben uns bewiesen, daß dadurch das Wirtschaftsleben nicht nur nicht beeinträchtigt, sondern im Gegenteil nur gefördert worden ist. Über den rein wirtschaftlichen Gewinn, den ein gesundes Zinsverhältnis darstellt, hinaus ist sogar noch weiterhin insofern eine wesentliche Bereicherung unseres Gemeinschaftslebens eingetreten, als die vielen Schmarotzer und Spekulanten, die nur von der Ausnutzung der Notlage anderer — und zwar mit den scheinbar vom Recht zur Verfügung gestellten Mitteln ungebundener und rücksichtsloser Vertragsfreiheit und eben des hohen Zinses — lebten, ausgemerzt sind. Diejenigen Wirtschaftskreise aber, die früher durch Gewährung übermäßig hoher Zinsen an solche „Kreditgeber“ der Zinsknechtschaft (zwar oft aus Not) Vorschub leisteten, sind in ihrer wirtschaftlichen Existenz im allgemeinen jetzt wieder so gehoben, daß der lediglich in der Tatsache ihrer Not oder Leichtfertigkeit liegende eigentliche Nährboden der Zinsknechtschaft insoweit von selbst weggefallen ist.

---

[1]) Die bisher vorliegende wichtige Literatur und Rechtsprechung zu diesem Problem: a) Aufsätze: Grund, „Zur Frage der Vollstreckung rechtskräftig zuerkannter übermäßig hoher Zinsen“: JW. 1935, 2937; Bernhardt, „Schutz gegen Mißbrauch rechtskräftiger Schuldtitel“: JW. 1937, 1034; Roquette, „Herabsetzung übermäßig hoher Zinsen aus alten Urteilen“: JW. 1937, 1938; Braun, „Zinssenkung ohne gesetzliche Anordnung?“: JW. 1937, 3202; Herschel, „Nachträgliche Sittenwidrigkeit“: JW. 1938, 1774; b) Entscheidungen: LG. Aurich: JW. 1936, 1695 m. Anm. von Jonas; KG.: JW. 1937, 1405 mit eingehender Anm. von Herschel; OLG. Jena: JW. 1937, 3331; OLG. Breslau: JW. 1938, 315, ebenfalls mit eingehender Anm. von Herschel.

[2]) Vgl. hierzu Bernhardt: JW. 1937, 1034[1] und Roquette: JW. 1937, 1938 f.

[3]) Vgl. die Zivilprozeßkommentare zu § 767, besonders Jonas II, 1 und Baumbach Ziff. 2.

[4]) Vgl. besonders die bei Roquette a. a. O. S. 1938 und bes. S. 1940 Sp. 2 erwähnten krassen Fälle.

[5]) Vgl. hierzu — mit Belegen — Bernhardt a. a. O. S. 1034 Ziff. I; ferner Zimmermann: JW. 1938, 16 ff. und Herschel: JW. 1938, 1774.

[6]) Auf die Streitfrage, welche Voraussetzungen im einzelnen erforderlich sind, um ein rechtskräftiges Urteil auf dem Wege über die Schadensersatzklage aus § 826 BGB. zu kassieren, kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. hierzu aber die in Anm. 5 Genannten und RG.: JW. 1937, 2223 ff. und die tiefgehende Anm. Lehmanns S. 2225 f. dazu. Den grundsätzlich weitesten Standpunkt vertritt Bernhardt a. a. O. S. 1035 Sp. 2.

Wenn unter solchen Umständen heute ein Gläubiger bei einem wirtschaftlich wiederhochgekommenen Schuldner ein rechtskräftiges Urteil vollstreckt, in dem ihm vor 1933 nach heutigen Begriffen unverhältnismäßig hohe Zinsen zugesprochen worden sind [7], so beurteilen Staat und Volksgemeinschaft diese Handlungsweise mit Recht nach den jetzt gültigen Maßstäben. Und dies muß natürlich der Richter — sowohl als Organ des Staates wie als Treuhänder seiner Volksgemeinschaft — gleichfalls tun, damit seine Rechtsprechung nicht staats- und volksfremd wird. (Es ist hier ebenso wie auf anderen Gebieten des Rechtes, wo auch die alten Normen mit nationalsozialistischem Geiste zu erfüllen sind, wobei die §§ 157, 242 und 826 BGB. als einige Hauptbeispiele genannt sein mögen.) Denn die Berufung auf die Rechtskraft, mit der der vollstreckende Gläubiger sein Vorgehen zu decken sucht, und deren Anerkennung durch das Gericht bedeutet in solchen Fällen praktisch nichts anderes, als die blinde Behütung der längst überwundenen liberalistischen Wirtschafts- und Rechtsanschauungen in einem egoistischen Einzelinteresse über ihre endgültige zeitliche Begrenzung hinaus (30. Jan. 1933). Würde sich der Richter daran beteiligen, indem er dem Schuldner die Möglichkeit eines rechtlichen Vorgehens gegen die Maßnahmen des Gläubigers bestreitet und in einem Gerichtsverfahren förmlich abspricht [8], — womit er natürlich gleichzeitig das Verhalten des Gläubigers als rechtlich zulässig sanktionieren würde —, so würde daraus eine dem Volke in seiner Gesamtheit unbegreifliche Dissonanz zwischen dem einen und dem anderen staatlichen Handeln erwachsen. Um diesem unmöglichen Ergebnis einzig wirksam entgegenzutreten, ist also folgendes festzustellen:

Wer angesichts der geschilderten Veränderungen der Anschauungen über Sittlichkeit und Sittenwidrigkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehr, die ihre höchste Rechtfertigung in entsprechenden Maßnahmen der Regierung finden [9], unter Ausnutzung alter Rechte aus Verträgen oder sonstigen Rechtstiteln, insbesondere rechtskräftigen Urteilen, die übermäßig hohe Zinsforderungen verbriefen, über das heute allgemein als zulässig angesehene Maß vollstreckt (oder auch sonstwie diese Forderungen geltend macht), handelt volks-, wirtschafts- und damit — bei konsequentem Denken — auch staatsfeindlich. Diese Tatsache schon für sich ganz allein ist stärker als jede Art von Rechtskraft. Es würde auch niemals einem solchen Gläubiger gelingen — und zwar weder unter Berufung auf die Vertragsfreiheit noch auf Grund einer, sei es selbst böswilligen Säumnis seines Schuldners (Verzug) — heute noch die Hilfe des Staates zur Erlangung einer urteilsmäßigen Anerkennung oder Feststellung seiner gewissenlosen und volksschädlichen Tätigkeit zu erhalten. Also darf auch das auf der Existenz und Autorität eben dieses gleichen Staates beruhende Institut der Rechtskraft ihm kein Mittel zu solch verwerflichem Zwecke sein können.

II. Wege der Geltendmachung

Die Frage nach der Art der rechtlichen Konkretisierung dieser Erkenntnis ist zwar interessant und schwierig, aber dennoch gegenüber der grundsätzlichen Erkenntnis selbst von sehr untergeordneter Bedeutung. An ihr kann aber jedenfalls und darf unmöglich die Erreichung des materiellen und allseits als richtig anerkannten Zieles scheitern [10]. Von den verschiedenen in Literatur und Rechtsprechung als gangbar angesehenen Wegen stehen zwei im Vordergrund der Diskussion, nämlich die Möglichkeiten, entweder über § 826 BGB. oder über § 767 ZPO. zum Ziel zu gelangen. Für den ersteren Weg ist hauptsächlich Roquette eingetreten [11], während sich neben anderen [12] vor allem Herschel [13] für die Anwendbarkeit des § 767 ZPO., also die sogenannte Vollstreckungsgegenklage, eingesetzt hat.

Bei dieser Kontroverse handelt es sich theoretisch und rein logisch letzten Endes darum, ob unser Problem überhaupt ein solches der Rechtskraft im engeren Sinne sei. Man kann m. E. (ebenfalls theoretisch) hierüber geteilter Meinung sein. Aber zu welchem Ergebnis man in der Theorie auch kommen mag, praktisch hält jedenfalls selbst die — formal zweifellos vorhandene — Rechtskraft eines solchen Ausspruches der Forderung nach dem gerechten Zins nicht stand.

Da jedoch die Streitfrage für die Praxis nicht ohne Bedeutung ist, sei zu ihr folgendes bemerkt: Sagt man mit Herschel, die Geltendmachung rechtskräftig festgestellter, übermäßig hoher — also etwa nach der heutigen Beurteilung wucherischer — Zinsen stelle eine sog. „unzulässige Rechtsausübung“ [14] dar, und sei deshalb im Grunde nichts anderes als das „Vorbringen, der streitbefangene Anspruch habe (nachträglich) eine inhaltliche Veränderung erfahren“, so kommt man zwanglos zur Anwendung des § 767 ZPO. [15]. Da der Zinsanspruch nachträglich materiell gemindert oder untergegangen wäre, so würde dieser Teil des Urteiles einer echten — materiellen — Rechtskraft mithin nicht mehr unterliegen. Es wäre vielmehr genau so, als habe der Gläubiger den den zulässigen Zinssatz übersteigenden Teil der aufgelaufenen Zinsen dem Schuldner nachträglich erlassen [16]. Sagt man dagegen mit Roquette, es handele sich nur um eine Veränderung des „Beurteilungsmaßstabes“, die als solche den rechtskräftig festgestellten Anspruch noch nicht ohne weiteres zum Erlöschen bringen könne, so würde man allerdings die Anwendung des § 826 BGB. als logisch richtiger anzusehen haben. In diesem Falle würde unsere Frage auch ein echtes Problem der Vernichtung der Rechtskraft im engsten Sinne sein.

Die beiden Ansichten scheinen mir jedoch — allerdings wiederum hauptsächlich vom Standpunkt einer praktischen Jurisprudenz — nicht unüberbrückbar zu sein, so daß man für die Praxis wohl zu einer alternativen (konkurrierenden) Anwendung wenigstens der beiderseitigen Schlußfolgerungen, d. h. § 826 BGB. und § 767 ZPO., kommen könnte. Roquette zeigt selbst den m. E. bejahen Weg zu einer solchen praktischen Überwindung seiner allzu engen theoretischen Auffassung: Wenn sich der Beurteilungsmaßstab geändert hat, und zwar derart, daß ein früher wirk-

[7] Vgl. die Beispiele bei Roquette a. a. O. und bei Braun a. a. O. S. 3202.

[8] So, wie es das KG. in seinem Urteil: JW. 1937, 1405 f. getan hat.

[9] Z. B. Gef. v. 27. Febr. 1935 (für öffentliche Anleihen), Ges. v. 5. Juli 1934 und v. 24. Jan. 1935 für Kreditinstitute, ferner die bekannten Maßnahmen für die Landwirtschaft; weiterhin das Ges. über eine Vereinigung alter Schulden v. 17. Aug. 1938 und das Ges. gegen den Mißbrauch von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934. Vgl. auch die Beispiele bei Braun a. a. O. S. 3204.

[10] Ein Schulbeispiel für ein solches Mißverhältnis von Recht und Rechtsprechung, von zwar besserer Erkenntnis, aber praktischer Hilflosigkeit, hat vor noch nicht langer Zeit das KG. in dem erwähnten Fall JW. 1937, 1405 gegeben.

[11] a. a. O.

[12] Grund a. a. O., Braun a. a. O. und auch Jonas in der Anm. zu einer Entscheidung des LG. Aurich: JW. 1936, 1695; (in seinem Buch „Das Zwangsvollstreckungsnotrecht“ — Verlag Vahlen 1938 — S. 171 ff., bes. 174, tritt Jonas für die Anwendung des Ges. zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934 ein). In der genannten Anm. vertritt Jonas für Ansprüche auf wiederkehrende Leistungen, also auch für den Zins, die Auffassung, daß der der Klage stattgebende Ausspruch „begrifflich unter der auflösenden Bedingung des Fortfalls der seinerzeit bei der ersten Entstehung des Anspruches vorhanden gewesenen Voraussetzungen“ stehe. Insofern stehe die Rechtskraft der richterlichen Zinsenentscheidung nicht entgegen.

[13] An allen angegebenen Stellen.

[14] Die Grenzen dieses Rechtsbegriffes sind umstritten; man hat bisher im allgemeinen gesagt, eine unzulässige Rechtsausübung liege vor, wenn jemand durch eigenes pflichtwidriges Verhalten einen Tatbestand geschaffen hat, den er später als Rechtsbehelf gegen einen anderen benutzt. Bei etwas weiterer Auffassung dieser Definition wird man den Begriff für den vorliegenden Fall bedenkenlos verwenden können.

[15] So, neben Grund, Braun und Herschel, schon RGZ. 124, 146 = JW. 1929, 1577 ².

[16] Auch in diesem Fall würde unstreitig der gegebene Rechtsbehelf die Vollstreckungsgegenklage sein.

sames Rechtsgeschäft nunmehr — ganz oder teilweise[17]) — als sittenwidrig angesehen wird[18]), so ist es insoweit nichtig. „Was aber für ein Rechtsgeschäft gilt, muß auch in gleicher Weise für ein Urteil gelten: Beide bilden sie die Grundlage für die Geltendmachung von Rechten" (Roquette a. a. O. S. 1940 Sp. 2). Trotzdem, meint Roquette dann aber weiter, könne eine Nichtigkeit nicht angenommen werden, da eine gleiche Bestimmung, wie § 138 BGB. sie für Rechtsgeschäfte darstellt, für Urteile nicht bestehe.

Dagegen ist zu sagen, daß sich durch unser ganzes Recht der Gedanke der Unzulässigkeit jeglichen sittenwidrigen Verhaltens zieht. Und gerade das Gebilde der unzulässigen Rechtsausübung paßt — weil positive Vorschriften fehlen — besonders für unseren Fall. Eine sittenwidrige Rechtsausübung (eine solche liegt auch nach Roquette vor) ist doch zweifellos auch eine unzulässige! Ein Recht, das in sittenwidriger Weise ausgeübt (geltend gemacht, vollstreckt) wird, ist in diesem Augenblick überhaupt kein Recht mehr, sondern, wenn es sich auf ein rechtskräftiges Urteil stützt, nur ein formaler, inhaltloser Rechtsschein. Diesen zu decken oder gar von sich aus auszufüllen, ist aber nicht der Sinn der Rechtskraft[19]). Sittenwidrige und daher unzulässige Rechtsausübung darf deshalb im Zivilprozeß auch keine Einrede im schulmäßig engeren Sinne, wie z. B. die Verjährung, sondern muß eine rechtsvernichtende Einwendung sein, die der Prozeßrichter auch ohne ausdrückliche Geltendmachung von Amts wegen zu beachten hätte; denn der Anspruch besteht materiell nicht mehr, genau so, wie wenn er ordnungsmäßig erfüllt worden wäre. Wurde er, bevor die Voraussetzungen der unzulässigen Rechtsausübung eingetreten sind, rechtskräftig festgestellt, so besteht er, wie gesagt, höchstens noch scheinbar. Gegen diesen äußeren Rechtsschein aber ist, wenn der Anspruch materiell untergegangen ist, im allgemeinen und in erster Linie die Vollstreckungsgegenklage gegeben[20]). Sie ist also ein theoretisch und praktisch einwandfreier Rechtsbehelf. Als einen solchen betrachtet ihn wohl auch in überwiegendem Maße die Praxis, die lehrt, daß im allgemeinen der in Rede stehende Zinsermäßigungsanspruch tatsächlich fast immer mit einer ausdrücklich als Vollstreckungsgegenklage bezeichneten Klage geltend gemacht und als solche auch zugelassen wird.

Dennoch scheint mir auch der Weg über § 826 BGB. nicht unzulässig zu sein. (Ein Interesse daran, auch diesen Weg zuzulassen, liegt deshalb vor, weil § 826 BGB. zum Teil andere und weitere Voraussetzungen zugrunde liegen, vgl. Roquette a. a. O. Ziff. III am Ende.) Wie bereits gesagt, liegt die formelle Rechtskraft vor. Es besteht auch die Gefahr, daß der darauf beruhende Rechtschein in unzulässiger Weise ausgenutzt wird. So muß sich in dem Augenblick, in dem diese Gefahr irgendwie konkret wird[21]) (anderenfalls besteht kein Rechtsschutzinteresse, wie etwa, wenn der Gläubiger ausdrücklich auf die Vollstreckung des zu hohen Teiles der Zinsen verzichtet hat), der Betroffene dagegen schützen können. Da es sich um eine sittenwidrige Ausnutzung dieser Rechtskraft handelt, muß es ihm überlassen bleiben, die hierzu erforderlichen Schritte schon zu ergreifen, ehe die Zwangsvollstreckung eingesetzt hat. Der Schaden besteht in der bloßen, den Schuldner bedrohenden Existenz des übermäßig hohe Zinsen zuerkennenden rechtskräftigen Urteils.

Praktisch gesehen zielen beide Wege auf dasselbe Ergebnis ab, so daß — trotz der gegenteiligen Ansicht Roquettes a. a. O. — eigentlich nur eine andere Benennung eines und desselben Rechtsbehelfes vorliegt. Beide Wege führen auch zu einem brauchbaren Ergebnis. Vom lebensnahen Standpunkt der Praxis ist daher unter diesen Umständen nicht einzusehen, weshalb man nur eine der beiden Klagen als ausschließlich gegeben zulassen soll.

Das Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten v. 13. Dez. 1934 ist kein allgemein taugliches Mittel zur wirksamen Bekämpfung rechtskräftiger Zinsansprüche von übermäßiger Höhe[22]). Es setzt einen subjektiven Härtefall voraus. Sittenwidrigkeit ist aber in unserem Recht ein objektiver Begriff (anders Wucher). Den Parteien muß außerdem — vor allem in Zweifelsfällen — das größere Garantien gewährende ordentliche Verfahren offenstehen[23]). Dagegen kann das Verfahren auf Grund dieses Gesetzes — wie weiter unten auszuführen ist — wohl grundsätzliche und allgemeine Bedeutung haben für die Zeit vor 1933, solange die Praxis auf dem m. E. richtigen Standpunkt steht, daß der Gläubiger für diese Zeit — abgesehen von Ausnahmen — noch die höheren Zinsen beanspruchen kann. (Näheres unten unter III.)

Jedenfalls aber ist auch dieses Gesetz, so wie die anderen — eigentlichen — Zinssenkungsvorschriften[24]) ein weiterer Anhaltspunkt dafür, daß auch rechtskräftig zugesprochene übermäßig hohe Zinsen nicht mehr vollstreckt werden dürfen.

III. Zeitpunkt und Maß der Zinsherabsetzung

Steht grundsätzlich fest, daß übermäßig hohe Zinsen aus alten Urteilen nicht vollstreckt werden dürfen und welches die rechtlichen Handhaben zur Erreichung dieses Zieles sind, so bleibt für die Praxis die sehr wichtige Frage, von wann ab dies zu gelten hat und auf welches Maß der zu hohe Zinssatz zu senken ist.

Sowohl aus zwingenden rechtlichen Gründen wie auch aus einem einfachen und natürlichen Gerechtigkeitsempfinden heraus kann eine Zinsermäßigung erst für die Zeiten in Betracht kommen, in denen die neuen Anschauungen über den Zins im Staats-, Wirtschafts- und Rechtsleben zum Durchbruch gekommen sind. Denn für eine Zeit, in der allgemein ein Zinssatz von 10 und mehr Prozent nicht als sittenwidrig angesehen und daher nicht nur bedenkenlos gewährt, sondern auch rechtlich anerkannt wurde, kann der Beurteilungsmaßstab nicht nachträglich geändert werden[25]). Außerdem würden solchenfalls auch in gänzlich unberechtigter Weise diejenigen Schuldner, die — vielleicht aus Unvermögen, vielleicht aber auch böswillig — sich damals einer Vollstreckung entzogen haben, vor denjenigen, die zur gleichen Zeit in Erfüllung ihrer damals doch immerhin rechtswirksam eingegangenen oder durch Verzug entstandenen Verpflichtung gezahlt haben, bevorzugt sein. Ein solches Verfahren, allgemein durchgeführt, würde daher gröblich dem natürlichen

[17]) Als nichtig und sittenwidrig würde für unseren Fall nur der das zulässige Maß übersteigende Teil des Zinssatzes anzusehen sein. So auch Braun a. a. O. und Volkmar: DJ. 1936, 612.

[18]) Wobei für die Praxis die bekannte RGEntsch. RGZ. 150, 4 ff. = JW. 1936, 1281[1] (m. Anm.) Umfang und Grenzen der Sittenwidrigkeit für das heutige Recht gekennzeichnet hat: Sittenwidrigkeit ist ein Rechtsgeschäft, „bei dem Leistung und Gegenleistung in auffälligem Mißverhältnis zueinander stehen, die übrigen Merkmale des Wuchers aber nicht vorliegen, dann, wenn außer dem Mißverhältnis eine solche Gesinnung des die übermäßigen Vorteile beanspruchenden Teils festzustellen ist, daß das Rechtsgeschäft nach Inhalt, Beweggrund und Zweck gegen das gesunde Volksempfinden verstößt". Es heißt dann weiter: „Der Begriff eines Verstoßes gegen die guten Sitten, wie er in §§ 138 und 826 BGB. enthalten ist, erhält seinem Wesen nach den Inhalt durch das seit dem Umbruch herrschende Volksempfinden, die nationalsozialistische Weltanschauung. Mit diesem Inhalt erfüllt, ist § 138 auch auf noch nicht abgewickelte Rechtsgeschäfte aus der früheren Zeit anzuwenden. Wenn ein Vertrag nach der nun maßgeblichen Anschauung gegen die guten Sitten verstößt, so kann ihm kein Rechtsschutz durch ein deutsches Gericht gewährt werden."

[19]) Man könnte m. E. sogar soweit gehen, zu sagen: Nur wenn die Rechtskraft von dem bösen Omen einer bis ins Sittenwidrige reichenden Zweckgebundenheit befreit wird, wird sie bei dem quantitativen und qualitativen Umfang ihrer Bedeutung als allgemeines Rechtsinstitut ihren bisherigen hohen Wert behalten können.

[20]) Denn die Einwendung „betrifft den durch das Urteil festgestellten Anspruch selbst".

[21]) Z. B. durch Vollstreckungsandrohung oder auch nur sonstwie ernsthafter Zahlungsaufforderung.

[22]) Anders Jonas a. a. O.

[23]) Ebenso Grund a. a. O., der aber das Vollstreckungsmißbrauchsgesetz als subsidiär anwendbar betrachtet; ferner Bernhardt a. a. O. und Roquette a. a. O. Ziff. IV, dessen Ausführungen m. E. sehr zutreffend sind.

[24]) Aufgezählt bei Braun a. a. O.

[25]) So insbesondere auch Braun a. a. O. Anders jedoch anscheinend Roquette a. a. O. Ziff. III.

Gerechtigkeitsgefühl widersprechen[26]). In Fällen aber, in denen ausnahmsweise diese Gesichtspunkte nicht zutreffen oder durch besondere Umstände zu einer untergeordneten Bedeutung verwiesen werden, scheint mir das oben erwähnte Gesetz zur Verhütung mißbräuchlicher Ausnutzung von Vollstreckungsmöglichkeiten eine gute weitere Ausgleichsmöglichkeit darzubieten: Wo z. B. eine Vollstreckung ganz besonders übermäßiger Zinsen in Betracht kommt oder wo, auch an den damaligen Auffassungen gemessen, das Zinsgeschäft an der Grenze der Sittenwidrigkeit, besonders des Wuchers, lag oder wo etwa die wirtschaftliche Wiedererstarkung des Schuldners und seine Erhaltung in diesem Zustand weniger in seinem eigenen als besonders im öffentlichen Interesse liegt (z. B. im Interesse der Wehrmacht oder der Partei) und auch gerade solchen Interessen zu verdanken ist, da könnte vereinzelt die Zulassung der Vollstreckung der hohen Zinsen auch für die frühere Zeit eine gesundem Volksempfinden gröblich widersprechende Härte im Sinne des VollstrMißbrG. darstellen. Hier könnte also über die Maßnahmen des Prozeßrichters hinaus der Vollstreckungsrichter — subsidiär — eingreifen. Im übrigen aber muß der Schuldner — wenn er nicht mit Recht die Verjährung geltend macht (vgl. unten unter IV) — die alten Zinsen so zahlen, als wenn er sie damals, da er ja auch schon dazu verpflichtet war, bereits gezahlt hätte. Die von ihm — verschuldet oder unverschuldet — verursachte Verzögerung darf nicht auch noch mit einer Besserstellung gegenüber denjenigen Schuldnern belohnt werden, die schon damals (und oft mit Mühe) ihre Schulden bezahlt haben. Weiterhin ist gerade hierbei zu bedenken, daß auch der Gläubiger, der die hohen Zinsen für frühere Zeiten heute noch verlangt, oft in jenen Zeiten ebenfalls solch hohe Zinsen für die ihm gewährten Kredite zu zahlen hatte.

Als wichtigster Stichtag für die Herabsetzung rechtskräftig festgestellter Zinsen scheint mir am ehesten der auf den 30. Jan. 1933 folgende Monatserste, also der 1. Febr. 1933, in Betracht zu kommen. Zwar sind selbstverständlich die gesetzlichen Zinssenkungsmaßnahmen der nationalsozialistischen Regierung sämtlich später ergangen[27]). Aber der Geist, aus dem heraus sie erlassen worden sind, hatte bereits am 30. Jan. 1933 vom deutschen Recht äußeren und inneren Besitz ergriffen. Mit diesem Tage ist daher auch äußerlich und innerlich der Umschwung auf dem Gebiete des Rechtslebens eingetreten, ebenso wie auf dem ihm übergeordneten politischen Gebiet. Mit diesem Tage sind die bestehenden und neu abgeschlossenen und in Zukunft abzuschließenden Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse mit dem Rechte der nationalsozialistischen Weltanschauung erfüllt. Ergeben sich daher aus der durch sie gewandelten Anschauung unmittelbare Rechtsfolgen für diese Rechtsverhältnisse, die, wie hier, für ein bestimmtes Gebiet eine allgemeine praktische Auswirkung haben, so muß dies von dem Tage der Machtergreifung an gelten. Seither hat sich, wenn auch in der ersten Zeit erst allmählich, ein Zinssatz von 4% als allgemein üblich und zulässig herausgebildet. In Einzelfällen werden darüber hinaus (besonders bei Bankkrediten) noch 5 und 6% als angemessen angesehen. Nach diesen nunmehr üblichen und von höchsten Stellen autorisierten[28]) Zinssätzen hat sich daher auch der Richter bei der Herabsetzung alter Zinssätze aus rechtskräftigen Urteilen zu richten. Und auch er wird dabei in besonders begründeten Einzelfällen (z. B. bei Nachweis einer in ursächlichem Zusammenhang mit der Forderung stehenden Kreditinanspruchnahme durch den Gläubiger mit höheren Zinssätzen) bis zu 5 und 6% gehen können.

Damit ist aber die richterliche Zinssenkung noch nicht erschöpft. Denn bereits vor 1933 sind — besonders in der 4. NotVO. des RPräs. v. 8. Dez. 1931 (RGBl. 699 ff.) — Maßnahmen eingeleitet und durchgeführt worden, die sich, wenn auch in gänzlich unzulänglicher Weise, gegen die damals üblichen hohen Zinssätze wandten. Diesen vor 1933 liegenden gesetzlichen Zinssenkungen entsprechend müssen m. E. die rechtskräftig festgestellten Zinsansprüche aus noch früherer Zeit, wenn man der Logik und dem Ziel der vorstehenden Gedankengänge gerecht werden will, ebenfalls herabgesetzt werden. Denn die Zinssenkungsmaßnahmen aus der damaligen Zeit wurzelten auch schon in der Erkenntnis, daß die übermäßig hohen Zinsen volkswirtschaftlich nicht tragbar waren. Diese Erkenntnis aber ruhte nicht zuletzt in der schon damals infolge der nationalsozialistischen Propaganda und insbesondere auf Grund des Parteiprogrammes geänderten Meinung des größten Teiles des Volkes, vor allem der Anhänger des Nationalsozialismus.

Geht man von diesen Zinssenkungsmaßnahmen der 4. NotVO. aus, so kommt für diese weitere richterliche Zinssenkung die Zeitspanne v. 1. Jan. 1932[29]) bis 31. Jan. 1933 in Betracht. Denn mit dem 1. Jan. 1932 traten die betreffenden Bestimmungen der NotVO. in Kraft. Nach § 1 des 1. Abschnittes des III. Kap. des 1. Teiles wurden z. B. die Zinsen für öffentliche Anleihen oder Schuldverschreibungen, soweit sie mehr als 6, aber nicht über 8% betrugen, auf 6%, die darüber hinausgehenden bis zu 12% im Gesamtverhältnis 8 zu 6, und der 12% übersteigende Teil des Zinssatzes im Verhältnis von 8 zu 4 herabgesetzt. Wendet man diesen Schlüssel allgemein an, so ergibt sich folgende Tabelle:

Bis 8%	gesenkt	auf	6%
9%	„	„	6¾%
10%	„	„	7½%
11%	„	„	8¼%
12%	„	„	9%
13%	„	„	9½%
14%	„	„	10%
15%	„	„	10½%
16%	„	„	11%
17%	„	„	11½%
18%	„	„	12%
19%	„	„	12½%
20%	„	„	13%[30])

Nach dieser Tabelle müßte heute auch die Zinssenkung für die nicht unter den Wortlaut der NotVO. fallenden Zinsen für das Jahr 1932 und den Monat Jan. 1933 vorgenommen werden. Dies gilt natürlich, ebenso wie auch für die Zinssenkung für die Zeit nach dem 1. Febr. 1933 nur für den jeweils nach Eintritt der Urteilsrechtskraft liegenden Zeitabschnitt, es sei denn, daß ganz besondere Ausnahmegründe für eine andere Regelung sprechen würden, (diese könnte dann aber höchstens im Vollstreckungsverfahren nach dem Gesetz v. 13. Dez. 1934 durchgeführt werden). Wurde also etwa am 1. Juni 1932 ein Urteil rechtskräftig, das einen höheren als den nach den vorstehend vorgeschlagenen Richtlinien für zulässig erachteten Zinssatz gewährte, so muß dies für die Zeit vor der Rechtskraft sein Bewenden haben.

Alles Gesagte gilt sowohl für Vertrags- wie auch für Verzugszinsen. Daß die letzteren ebenfalls darunter fallen müssen, ergibt sich daraus, daß infolge der allgemeinen Zinssenkung der Schaden des Gläubigers in den letzten Jahren ebenfalls geringfügiger gewesen ist[31]).

IV. Die Bedeutung der Verjährung

Nach § 218 Abs. 1 BGB. verjährt ein rechtskräftig festgestellter Anspruch in 30 Jahren. Das gilt aber nach § 218 Abs. 2 nicht für regelmäßig wiederkehrende, erst künftig fällig werdende Leistungen. Hierfür bleibt es vielmehr bei der kürzeren Verjährungsfrist, also meist der vierjährigen. Wenn auch § 218 Abs. 2 seine größte Bedeutung für Unter-

[26]) Unberührt bleibt jedoch das weiter unten unter Ziff. IV über die Verjährung Gesagte.

[27]) Sie sind in dem Aufsatz von Braun a. a. O. und teilweise auch in dem Urteil des KG.: JW. 1937, 1405 angeführt. Um unnütze Wiederholungen zu vermeiden, wird deshalb hier darauf verwiesen.

[28]) Vgl. die Beispiele bei Braun a. a. O.

[29]) Ähnlich Braun a. a. O.

[30]) Braun a. a. O. S. 3203 Sp. 2 meint, daß sich für 20% nach der Senkung der 4. NotVO. ein Zinssatz von 15% ergebe. Das ist jedoch nicht richtig.

[31]) Vgl. Braun a. a. O.

halts- und Rentenansprüche hat, so zählen doch unbestritten auch die im Urteil rechtskräftig zuerkannten Zinsen dazu[32]). Diese Tatsache ist, nachdem nun fast 6 Jahre seit dem Umbruch vergangen sind, für unser Problem von großer — und immer noch steigender — praktischer Bedeutung. Denn die Ansprüche auf Rückstände von Zinsen verjähren gemäß § 179 BGB. in 4 Jahren. Schuldet also jemand aus einem rechtskräftigen Urteil Zinsen, so braucht er die Rückstände immer nur für die letzten 4 Jahre zu zahlen, wenn er sich auf die eingetretene Verjährung beruft, und wenn die Verjährung nicht inzwischen unterbrochen oder gehemmt wurde. M. E. könnte man den Schuldnern, die aus rechtskräftigen Titeln aus der Zeit vor 1933 noch übermäßig hohe Zinsen zu zahlen haben, bedenkenlos empfehlen, die Einrede der Verjährung geltend zu machen. Denn hier handelt es sich meistens um Fälle, in denen ohnehin eine Verjährung der ganzen Forderung eingetreten wäre, wenn nicht — was im allgemeinen nicht das Verdienst des Gläubigers ist — seit 1933 nicht wieder so günstige wirtschaftliche Verhältnisse eingetreten wären. Zeigt sich im übrigen ein Gläubiger heute noch so skrupellos, die früher festgesetzten Zinsen bis heute in voller Höhe zu verlangen, dann ist nicht einzusehen, weshalb der Schuldner nicht demgegenüber von seinem Rechte, die Verjährung geltend zu machen, ohne Bedenken Gebrauch machen sollte.

Die Streitfrage, ob es möglich ist, die Verjährung rechtskräftig festgestellter Ansprüche durch eine zweite Klage erneut zu unterbrechen, ist dabei allerdings mit der herrschenden Ansicht zu bejahen[33]). Jedoch wird dieser Fall sehr selten sein, da nur wenige Gläubiger rechtzeitig an diese Möglichkeit gedacht haben werden. In den meisten Fällen wird daher die Einrede der Verjährung — wenigstens teilweise — Erfolg haben. Da der Schuldner in diesen Fällen aber immer noch die hohen Zinsen für die letzten 4 Jahre zahlen müßte, so kann er den Zinssenkungsanspruch gleichzeitig mit der Verjährung geltend machen. In diesen Fällen werden beide Ansprüche am besten gemeinsam mit der Vollstreckungsgegenklage verfolgt.

[32]) Vgl. z. B. Staudinger, „Komm. z. BGB.", 10. Aufl., und RGRKomm. zu § 218 und RGZ. 70, 68.

[33]) Dagegen hat sich nur Greiser: JW. 1934, 1894 gewendet. Auf dem Boden der herrschenden Lehre stehen insbesondere: Jonas zu § 256 III, 4 und Fußnote 91; Baumbach, „ZPOKomm." Note 2 C zu § 322 und Majer: JW. 1934, 2449 (gegen Greiser).

Ehestandsdarlehen und Eigentum

Von Landgerichtsdirektor Dr. Lange, Kiel

Die Frage, wer das Eigentum erwirbt an Sachen, die aus einem Ehestandsdarlehen angeschafft worden sind, ist in letzter Zeit mehrfach Gegenstand von Erörterungen gewesen (vgl. Dr. Charlotte Granzow-Rebhuhn: „Deutsches Recht" 1938, 120; GerAss. Dr. Freund: JW. 1938, 1785 und 2654). Die Frage hat große praktische Bedeutung. Die vorgeschlagenen Lösungen begegnen m. E. erheblichen Bedenken.

Die einschlägigen Bestimmungen über das Ehestandsdarlehen finden sich im Abschnitt V des Ges. zur Verminderung der Arbeitslosigkeit v. 1. Juni 1933 (RGBl. I, 323, 326) in der Fassung des Ges. v. 3. Nov. 1937 (RGBl. I, 1156). Im § 1 Abs. 4 heißt es: „Das Ehestandsdarlehen wird an den Ehemann gegeben. Im Fall der Gütertrennung wird jedem der Ehegatten die Hälfte des Ehestandsdarlehens gegeben." Der § 2 Abs. 4 lautet: „Die Ehegatten haften als Gesamtschuldner für die Rückzahlung des Ehestandsdarlehens." Die Hingabe des Ehestandsdarlehens erfolgt nach § 3 in Form von unübertragbaren und unpfändbaren Bedarfsdeckungsscheinen. Diese berechtigen zum Erwerb von Möbeln und Hausgerät in Verkaufsstellen, die zur Annahme von Bedarfsdeckungsscheinen bereit sind. Die Bedarfsdeckungsscheine werden den Verkaufsstellen durch die Finanzämter in bar eingelöst.

Nach der DurchfVO. v. 20. Juni 1933 (RGBl. I, 377) § 5 Abs. 1 muß der Antrag auf Gewährung des Ehestandsdarlehens von beiden Ehegatten unterzeichnet sein. Der Bescheid des Finanzamts über die Gewährung des Ehestandsdarlehens ist bei gesetzlichem Güterstand zu Händen des Ehemanns zu erteilen mit dem Wortlaut: „Auf Ihren Antrag ... wird Ihnen und Ihrer künftigen Ehefrau ... ein Ehestandsdarlehen bewilligt" (§ 5 Abs. 4 a. a. O.). Der Ehemann kann dann gegen diesen Bescheid das Darlehen in Empfang nehmen (§ 6 Abs. 1 a. a. O.). Bei Gütertrennung erhält jeder Ehegatte einen besonderen Bescheid und ist zur Entgegennahme der auf ihn entfallenden Hälfte des Darlehens berechtigt (§§ 5 Abs. 4 Satz 3 und 6 Abs. 1 Satz 4 und 5). Bei der Geburt eines ehelichen Kindes werden 25% des ursprünglichen Darlehensbetrages erlassen (§ 8 a. a. O.).

M. E. macht das Gesetz hiernach einen deutlichen Unterschied zwischen dem Fall, daß die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand, und dem Fall, daß sie in Gütertrennung leben wollen. Bei gesetzlichem Güterstand bekommt das Darlehen der Ehemann, bei Gütertrennung bekommen es beide Ehegatten je zur Hälfte. Daran ändert es nichts, daß auch bei gesetzlichem Güterstand beide Ehegatten den Antrag auf Gewährung des Darlehens stellen müssen und daß beide gesamtschuldnerisch für die Rückzahlung haften. Empfänger und damit Eigentümer der Bedarfsdeckungscheine ist jedenfalls bei gesetzlichem Güterstande der Ehemann. Bei Gütertrennung erhält jeder Gatte die Hälfte der Scheine ausgehändigt und erlangt damit an den auf ihn entfallenden Scheinen das Eigentum.

Zum Wesen jeder Ehe gehört es, daß die Ehegatten miteinander die eheliche Lebensgemeinschaft eingehen. Sie zu fördern, ist das Ziel der Ehestandsdarlehen. Wenn das Gesetz dabei unterscheidet je nach dem Güterstande, der in der einzelnen Ehe herrschen soll, so muß dies mit den Besonderheiten der Güterstände zusammenhängen.

Sowohl bei gesetzlichem Güterstande wie bei der Gütertrennung muß der Mann den ehelichen Aufwand tragen (§§ 1389, 1427 BGB.). Bei gesetzlichem Güterstande rechtfertigt sich dies dadurch, daß dem Mann die Verwaltung und Nutznießung am eingebrachten Gut der Frau zusteht. Da er diese Befugnisse bei der Gütertrennung nicht hat, muß in diesem Falle die Frau einen angemessenen Beitrag zu dem ehelichen Aufwand aus den Einkünften ihres Vermögens und dem Ertrage ihrer Arbeit oder eines von ihr selbst betriebenen Erwerbsgeschäfts leisten (§ 1427 Abs. 2 BGB.). Der eheliche Aufwand umfaßt auch die Beschaffung einer angemessenen Wohnung mit dem dazugehörigen Hausrat (vgl. RGRKomm. Anm. 2 zu § 1389 BGB.). Bei gesetzlichem Güterstand muß dieser also allein vom Mann beschafft werden; bei Gütertrennung muß die Frau dazu beitragen. Dem entspricht die Zuteilung der Bedarfsdeckungsscheine im ersten Falle allein an den Mann, im zweiten Falle an beide Ehegatten.

Das Familienrecht enthält ausdrückliche Bestimmungen über den Eigentumserwerb während der Ehe bei gesetzlichem Güterstande (§ 1381 BGB.). Maßgebend ist danach in erster Linie, ob der Mann mit eigenen Mitteln oder mit Mitteln des eingebrachten Gutes der Frau etwas anschafft. Verwendet er Mittel des eingebrachten Gutes, so wird vermutet, daß er auch für Rechnung des Eingebrachten erwerben will; denn als gewissenhafter Verwalter darf er das Eingebrachte grundsätzlich nicht für sich verwenden. Im Zweifel erwirbt dann also die Frau das Eigentum. Stammen die Mittel dagegen vom Mann, so erwirbt er das Eigentum. Haben beide Ehegatten beigetragen, so entsteht Miteigentum nach dem Wertverhältnis der aufgewendeten Gelder. Zu be-

achten ist dabei, daß die Willensrichtung des Veräußerers nach § 1381 BGB. ohne Bedeutung ist; denn wenn die Frau das Eigentum erwirbt, so erlangt sie es nicht vom Veräußerer, sondern mittelbar von dem Ehemann (vgl. Planck, Anm. 10 zu § 1381 BGB.). Der Grundgedanke des § 1381 BGB. gilt auch dann, wenn vor der Eheschließung ein Bräutigam mit Mitteln der Braut kraft Auftrags die Ausstattung der ehelichen Wohnung beschafft. Es besteht dann die tatsächliche Vermutung, daß er den Willen hat, das Eigentum für seine künftige Ehefrau zu erwerben (RGZ. 100, 193).

Beim Erwerb auf Ehestandsdarlehen wird nicht bar gezahlt, sondern durch Hingabe der Bedarfsdeckungsscheine. Es ist bereits dargelegt, daß diese bei gesetzlichem Güterstand dem Mann, bei Gütertrennung jedem Gatten zur Hälfte zu eigen gehören. Im ersten Falle sind es also „Mittel" des Mannes, im zweiten Falle zur Hälfte „Mittel" der Frau. Daraus folgt, daß bei gesetzlichem Güterstand der Mann das Eigentum an den angeschafften Gegenständen erwirbt.

Richtig ist zwar, daß beide Ehegatten als Gesamtschuldner zur Rückzahlung verpflichtet sind. Das gilt nach der allgemeinen Fassung des Gesetzes auch bei Gütertrennung (vgl. Pfundtner-Neubert, Anm. 11 zum 3. Ges. zur Änderung des Ges. über Förderung der Eheschließungen vom 3. Nov. 1937). Es liegt hierin offenbar eine erhöhte Sicherung für das Reich. Dies berührt aber nicht die sachenrechtliche Frage, wer das Eigentum an den Bedarfsdeckungsscheinen und an den damit angeschafften Gegenständen erwirbt. Es ist m. E. auch verfehlt, zu sagen, daß praktisch beide Ehegatten gemeinschaftlich — der Mann, indem er durch seine Berufsarbeit das Geld verdient, die Frau, indem sie mit diesem Gelde so haushält, daß es zur Tilgung des Ehestandsdarlehens ausreicht — zur Abdeckung des Darlehens in gleichem Maß beitragen. Es soll damit keineswegs verkannt werden, welche außerordentliche Bedeutung die sparsame Wirtschaftsführung der Ehefrau hat. Aber rechtlich liegen die Dinge doch so: Der Mann ist nach § 1360 BGB. verpflichtet, der Frau nach Maßgabe seiner Lebensstellung, seines Vermögens und seiner Erwerbsfähigkeit Unterhalt zu gewähren. Dieselbe Pflicht hat er gegenüber den ehelichen Kindern (§ 1601 BGB.). Die Frau hat das gemeinsame Hauswesen zu leiten und je nach Üblichkeit im Geschäft oder sonstigen gewerblichen Unternehmen des Mannes mitzuarbeiten (§ 1356 BGB.). Das ist das Gegenstück zur ehemännlichen Unterhaltspflicht (vgl. Enneccerus, „Lehrbuch d. Bürgerl. Rechts", § 31 VI 1). Der Erwerb aus dieser Mitarbeit der Frau — im Gegensatz zu dem Erwerb aus selbständiger Arbeit oder dem selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts (§ 1367 BGB.) — fällt deshalb auch dem Manne zu (vgl. RGZ. 129, 58; Staudinger, Anm. 5 zu § 1356 BGB.). Die Haushaltsführung der Frau kann auch erst einsetzen, wenn etwas zum Wirtschaften da ist. Sie ist also gegenüber der Erwerbstätigkeit des Mannes das Sekundäre.

Würde der Mann auf eigenen Kredit Haushaltsgegenstände kaufen, so wäre dabei für den Verkäufer sicherlich in erster Linie maßgebend, wie es mit dem Arbeitsverdienst des Mannes steht. Würde dann die Tilgung allmählich aus dem Arbeitseinkommen des Mannes erfolgen, so wäre an seinem Eigentumserwerb kein Zweifel. Der Umstand, daß auch die Frau durch ihre Sparsamkeit zu diesem Erfolg beigetragen hätte, wäre dann rechtlich sicher ohne Bedeutung. Beim Erwerb auf Ehestandsdarlehen liegt es nur insofern anders, als der Staat durch sein Dazwischentreten dem Mann, der eigenen Kredit nicht hat, mit Hilfe der Bedarfsdeckungsscheine Kredit verschafft. Da die Tilgung bei gesetzlichem Güterstande in aller Regel durch den Mann erfolgt, fehlt es an genügendem Grund, ihm das Alleineigentum abzusprechen. Der Staat hat ein Interesse daran, gesunde Ehen zu fördern. In einer gesunden Ehe ist regelmäßig der Mann die Säule, auf der das wirtschaftliche Dasein der Familiengemeinschaft ruht. Indem der Staat den Mann unterstützt, fördert er gleichzeitig die Gemeinschaft.

Beteiligt sich ausnahmsweise auch die Frau durch Barleistungen an der Tilgung des Ehestandsdarlehens, so muß dies natürlich Berücksichtigung finden, aber nicht durch Annahme eines Miteigentums, sondern durch schuldrechtliche Ausgleichsansprüche. Das Innenverhältnis der gesamtschuldnerisch haftenden Ehegatten regelt sich nach § 426 BGB. Sie sind danach zu gleichen Anteilen verpflichtet, „soweit nicht ein anderes bestimmt ist". Eine solche anderweitige Bestimmung ist zu entnehmen aus den oben erörterten Vorschriften darüber, wer den ehelichen Aufwand zu tragen hat (§§ 1389, 1427 BGB.). Hat also bei gesetzlichem Güterstand die Frau aus ihrem eingebrachten Gut (z. B. aus einer Erbschaft) oder aus ihrem Vorbehaltsgut (z. B. aus selbständig erworbenem Arbeitslohn) zur Tilgung des Ehestandsdarlehens beigetragen, so kann sie volle Erstattung vom Mann verlangen. Bei Gütertrennung entfällt ein solcher Erstattungsanspruch der Frau, soweit sich ihre Beteiligung an der Tilgung des Ehestandsdarlehens im Rahmen des „angemessenen Beitrags" hält, den sie nach § 1427 Abs. 2 BGB. zur Bestreitung des ehelichen Aufwands beizusteuern hat, oder soweit die Schenkungsvermutung des § 1429 BGB. durchgreift.

M. E. führt der hier vertretene Standpunkt auch in der praktischen Durchführung zu erträglichen Ergebnissen. Nach der Gegenmeinung (vgl. Granzow-Rebhuhn und Freund a. a. O.), die ohne Rücksicht auf den Güterstand Miteigentum beider Ehegatten an den vom Ehestandsdarlehen angeschafften Gegenständen annimmt, müßte im Falle der Scheidung oder Aufhebung der Ehe, wenn nicht eine gütliche Einigung stattfindet, eine Versteigerung nach § 753 BGB. erfolgen. Es ist bekannt, daß dies unter den heutigen Verhältnissen meistens eine Verschleuderung der Sachwerte bedeutet. Auch der häufig vorkommende Fall, daß im Zeitpunkt der Ehescheidung erst ein Teil des Ehestandsdarlehens zurückgezahlt ist, läßt sich nach der Gegenmeinung kaum in befriedigender Weise lösen. Wenn, wie es meistens geschieht, der ungetilgte Darlehensrest auf dem Mann haften bleibt, hat die geschiedene Frau an dieser restlichen Rückzahlung sicherlich keinen Anteil mehr. Es erscheint deshalb auch aus praktischen Gründen richtiger, bei gesetzlichem Güterstand das Eigentum nur dem Mann zuzusprechen und etwaige bare Tilgungsleistungen der Frau in Geld auszugleichen.

Prozessuale Fragen zu § 55 Ehegesetz

Von Rechtsanwalt Dr. Hans Peter Danielcik, Berlin

Bei der Klage aus § 55 EheG. haben sich in der Praxis gewisse prozessuale Zweifelsfragen ergeben, die im folgenden kurz behandelt werden sollen.

Wenn ein Ehegatte die Klage aus § 55 erhebt, so sind 5 Möglichkeiten für den anderen Teil gegeben. Der andere Ehegatte kann

1. sich überhaupt nicht vertreten lassen,
2. Abweisung der Klage beantragen, weil die Klagevoraussetzungen nicht vorliegen,
3. Abweisung der Klage auf Grund eines von ihm nach § 55 Abs. 2 eingelegten Widerspruches verlangen,
4. gleichfalls Scheidung nach § 55 verlangen,
5. einen Ausspruch auf Schuldigerklärung des anderen Ehegatten verlangen, weil einer der Verschuldensgründe Platz greift.

Jedoch fragt es sich, ob daneben noch eine weitere prozessuale Möglichkeit gegeben ist, daß nämlich der beklagte Ehegatte einerseits Widerspruch nach § 55 Abs. 2 einlegt und somit dem Scheidungsbegehren des Kl. mit dem Ziel der Abweisung der Klage aus § 55 widerspricht (Fall 3), andererseits aber nun von sich aus Scheidung mit einer besonderen Widerklage aus einer anderen Vorschrift des EheG. verlangt.

Die Lösung dieser Frage hängt davon ab, in welcher prozessualen Form die beklagte Partei ihren Antrag auf Schuldigerklärung vorbringen kann.

Zu 1—3. Die zu 1—3 genannten Fälle bieten prozeßrechtlich keine Besonderheiten gegenüber dem bisherigen Zustande. Im ersten Fall hat das Gericht nach wie vor die Voraussetzungen der Scheidungsklage aus § 55 zu prüfen. Dagegen hat es selbstverständlich nicht von Amts wegen zu prüfen, ob die materiellen Voraussetzungen des Widerspruchs gegeben sind. Die Schuldfrage bleibt in diesem Fall also ganz außer Betracht.

Im zweiten Fall trifft die Beweislast die klagende, im dritten Fall die beklagte Partei. In beiden Fällen lautet der Antrag lediglich auf Klageabweisung. Daß die Klageabweisung auf Grund eines Widerspruchs verlangt wird, braucht im Antrag nicht gesagt zu werden. Der „Widerspruch" des § 55 ist also kein prozessualer Rechtsbehelf wie etwa der Widerspruch im Arrestverfahren nach § 924 ZPO., sondern die Form, in der eine materiellrechtliche Einwendung gegen das Scheidungsbegehren vorgetragen wird. Es genügt also prozessual, wenn die beklagte Partei in der Klagebeantwortung ausführt, daß dem Scheidungsbegehren nach § 55 Abs. 2 widersprochen wird.

Kann die beklagte Partei die Voraussetzungen des Widerspruchs beweisen, so ist nunmehr von Amts wegen zu prüfen, ob trotz des an sich gerechtfertigten Widerspruchs die Aufrechterhaltung der Ehe sittlich nicht gerechtfertigt ist. Hierbei steht es dem Kl. naturgemäß frei, alle darauf hinzielenden Gesichtspunkte vorzubringen und unter Beweis zu stellen.

Zu 4. Wenn die beklagte Partei gleichfalls Scheidung begehrt, so kann sie an sich jeden Scheidungsgrund des Gesetzes vorbringen, also ihr Verlangen insbesondere gleichfalls auf § 55 stützen. Es ergibt sich in diesem Fall die Frage, in welcher prozessualen Form das auf § 55 gestützte Scheidungsbegehren des Bekl. zu stellen ist, ob insbesondere Widerklage erhoben werden kann oder nicht.

Eine Widerklage ist in diesem Falle weder begrifflich möglich noch prozessual zulässig. Denn verlangt der Bekl. gleichfalls die Scheidung nach § 55, so schließt er sich praktisch dem Klagebegehren des Kl. an, während die Widerklage begrifflich einen vom Klageantrag irgendwie abweichenden, ihm entgegengesetzten Antrag verlangt. Eine Widerklage wäre im übrigen auch deshalb ungerechtfertigt, weil jedes Rechtsschutzinteresse für die beklagte Partei an ihr fehlen würde. Denn diese verlangt auch sachlich dasselbe wie die klagende Partei. Infolgedessen muß der Antrag der Bekl. in diesem Falle lauten:

„Die Ehe der Parteien zu scheiden."

Eine formell erhobene Widerklage dagegen müßte wegen begrifflicher Unmöglichkeit ihrer Erhebung und mangels eines Rechtsschutzinteresses der Abweisung unterliegen.

Ein Antrag hinsichtlich der Kosten braucht deshalb nicht gestellt zu werden, weil die Kostentragung in der 2. DurchfVO. kraft Gesetzes geregelt ist.

Obwohl jedoch in diesem Falle also weder Klageabweisung beantragt noch Widerklage erhoben wird, sondern der Bekl. einen gleichlautenden Antrag wie der Kl. stellt, handelt es sich um eine echte streitige Verhandlung, so daß also auch auf Grund der Verhandlung eine volle Verhandlungsgebühr entsteht.

Zu 5. Welche Anträge sind nun seitens der beklagten Partei zu stellen, wenn diese eine Scheidung wegen Verschuldens des Kl. herbeizuführen wünscht. Zwei Möglichkeiten sind hier an sich denkbar:

a) Die Abweisung der Klage aus § 55 zu beantragen und gleichzeitig Widerklage auf Scheidung aus einem der in §§ 47 ff. aufgeführten Gründe zu erheben;

b) ohne Widerklage sich dem Klagebegehren des Kl. anzuschließen, jedoch mit dem zusätzlichen Antrag, den Kl. für den allein schuldigen (bzw. überwiegend schuldigen) Teil zu erklären.

Begrifflich steht hier der Erhebung einer Widerklage nichts entgegen. Denn die beklagte Partei verlangt in diesem Falle eine von dem Klagebegehren des Kl. abweichende Entscheidung. Trotzdem ist meines Erachtens auch in diesem Fall für eine Widerklage kein Raum, und zwar auf Grund der Bestimmung des § 61 Abs. 2.

Nach dieser Vorschrift ist eine Schuldigerklärung des Kl. „auch ohne Erhebung einer Widerklage auf Antrag des Bekl. auszusprechen".

Daraus folgt zunächst, daß ganz zweifelsfrei der Bekl. den Antrag in folgender Formulierung stellen kann:

„Die Ehe der Parteien zu scheiden und den Kl. für den schuldigen Teil zu erklären."

Es ist also weder ein Widerklageantrag erforderlich noch auch ein Antrag auf Klageabweisung. Denn der Bekl. will nicht die Scheidungsklage als solche zu Fall bringen, sondern lediglich die Schuldigerklärung des Kl. erreichen.

Darüber hinaus ist aber auf Grund dieser Bestimmung eine Widerklage überhaupt nicht statthaft. Zwar könnte möglicherweise aus dem Worte „auch" in der angeführten Gesetzesbestimmung das Gegenteil gefolgert werden. Man könnte daraus den Schluß ziehen, daß es im Belieben des Bekl. stehen müsse, ob er den Weg des § 61 Abs. 2 oder den Weg des Antrages auf Klageabweisung und Widerklagerhebung beschreiten wolle. Dagegen scheint mir jedoch entscheidend gegen die prozessuale Zulässigkeit einer Widerklage zu sprechen, daß es einer Bestimmung wie der des § 61 Abs. 2 gar nicht bedurft hätte, wenn man dadurch nicht die Widerklagemöglichkeit hätte ausschalten wollen und daß es angesichts dieser Bestimmung auch hier an einem Rechtsschutzinteresse für die Erhebung einer besonderen Widerklage fehlt, weil durch den Antrag nach § 61 Abs. 2 das gleiche Ziel, das der Bekl. erreichen will, auf einfacherem Wege erreicht wird. Und deshalb muß auch hier meines Erachtens eine Widerklage mangels eines Rechtsschutzinteresses der Abweisung unterliegen.

Rückwirkende Verwirkung des Unterhaltsanspruchs der Ehefrau?

A.

Von Rechtsanwalt Dr. H. Wittmann, Glauchau i. Sa.

1. Im Jahre 1934 wurde eine Ehe aus alleinigem Verschulden des Mannes geschieden, der in der Folgezeit Unterhalt zahlte. 1935 teilte die Frau verschiedenen Personen die Gründe der Ehescheidung mit und gebrauchte dabei abfällige Äußerungen über den Mann, die heute als schwere Verfehlung i. S. des § 74 EheG. gelten würden. Am 1. Aug. 1938 trat das EheG. in Kraft. Der Ehemann stellte die Unterhaltszahlung ein. Er behauptet, der Unterhaltsanspruch sei wegen der früher begangenen Verfehlung mit Wirkung v. 1. Aug. 1938 (§ 96 EheG.) verwirkt.

2. Zur Entscheidung steht die Frage, ob die Verwirkungsfolge des § 74 EheG. auch dann eintritt, wenn die Verfehlung vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangen wurde, mit anderen Worten also, ob dieser Bestimmung rückwirkende Kraft beizulegen ist. Denn die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs ist an den Eintritt eines Ereignisses — der schweren Verfehlung — geknüpft. Liegt dieses Ereignis in der Zeit vor dem Inkrafttreten des EheG., soll es aber dennoch auf Grund dieses Gesetzes die Verwirkung des Unterhaltsanspruches rechtfertigen, so wäre dies nur bei Annahme rückwirkender Kraft des § 74 EheG. denkbar, die nicht etwa dadurch ausgeschlossen würde, daß die Geltendmachung dieser Wirkung erst v. 1. Aug. 1938 an zulässig ist. Dabei ist es belanglos, ob die Verfehlung ein Jahr oder ein Jahrzehnt zurückliegt.

Über die Beantwortung der Streitfrage bestehen geteilte Meinungen.

Von der bejahenden Richtung wird darauf hingewiesen, daß § 96 EheG. „die gesetzliche Unterhaltspflicht der Ehegatten für die Zukunft nach den Vorschriften dieses Gesetzes"

regelt, auch wenn die Ehe bereits vor seinem Inkrafttreten geschieden wurde. Weiter wird für die Annahme eines rückwirkend erfolgten Verlustes des Unterhaltsanspruches ins Feld geführt, daß z. B. auch die neu eingeführten Tatbestände der vorzeitigen Unfruchtbarkeit (§ 53 EheG.) und der länger als drei Jahre währenden Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft (§ 55 EheG.) nicht erst nach dem 1. Aug. 1938 erfüllt zu sein brauchen, um die Scheidung zu rechtfertigen.

Dem wird entgegengehalten, daß eine rückwirkende Kraft dem § 74 ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht zukommen könne und auch nicht aus § 96 herzuleiten sei, und daß insbesondere der eindeutige Wortlaut des Gesetzes eine rückwirkende Anwendung des § 74 nicht decke.

3. Gleichgültig ist es, ob man den Eintritt der Verwirkung wegen einer vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangenen Verfehlung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung oder auf den des Inkrafttretens des Gesetzes beziehen will. Im einen wie im anderen Falle würde wegen einer in der Vergangenheit gelegenen Handlung, die sogar Jahrzehnte zurückliegen könnte, plötzlich unter rein persönlichen Gesichtspunkten der Parteien eine Änderung der Rechtsbeziehungen zwischen ihnen ausgesprochen werden.

Eine Rückwirkung von Rechtsfolgen, die an bestimmte Handlungen einer Person geknüpft sind, kann aber überhaupt nur dann angenommen werden, wenn dies im Gesetz ausdrücklich bestimmt worden ist. Bei der weittragenden Bedeutung derartiger Rückwirkungen und ihrer außerordentlichen Gefahr für die Rechtssicherheit kann durch nichts die Annahme gerechtfertigt werden, daß der Gesetzgeber gerade im vorliegenden Falle stillschweigend der streitigen Bestimmung rückwirkende Kraft hätte beilegen wollen.

Selbst auf dem Gebiete des Strafrechts, das in erster Linie dem Schutze der Gemeinschaft durch Bestrafung des Rechtsbrechers dient, ist von der Einführung von Strafbestimmungen mit rückwirkender Kraft nicht nur höchst selten Gebrauch gemacht, sondern insbesondere auch diese Rückwirkung stets ausdrücklich ausgesprochen worden. Um so weniger darf daher angenommen werden, daß eine solche Rückwirkung stillschweigend für ein Rechtsgebiet angeordnet sein sollte, das wegen des Überwiegens persönlicher Interessen weit weniger einer solchen Ausdehnung bedarf als das Strafrecht des Staates.

Dennoch soll geprüft werden, ob etwa aus anderen Bestimmungen des Gesetzes sich etwas für die Bejahung der Streitfrage entnehmen läßt.

4. Die Fassung des § 96 berechtigt hierzu keineswegs. Diese Bestimmung soll lediglich eine Nachprüfung der Unterhaltspflicht auch dort ermöglichen, wo § 323 ZPO. nicht anwendbar ist, nicht aber bedeutet sie eine Erweiterung des § 74 in der Richtung, daß diese Bestimmung nun auch auf Vorgänge anwendbar sein sollte, die vor ihrem Inkrafttreten liegen.

Die Verpflichtung zur Unterhaltszahlung ist etwas Dauerndes. An bestimmte Ereignisse geknüpft sind Eintritt, Veränderungen und Wegfall dieser Pflicht. Ist nun eine dieser Folgen von der Handlung eines Ehegatten abhängig, so muß notwendigerweise diese Handlung nach dem Inkrafttreten des Gesetzes liegen, wenn die Worte „für die Zukunft“ überhaupt einen Sinn haben sollen. Andernfalls würde die Verwirkung mit der Vornahme der Verfehlung bereits in der Vergangenheit eingetreten sein. Nur „für die Zukunft“ aber bestimmt sich die Unterhaltspflicht, d. h. ihr Eintritt, ihre Veränderung oder ihr Wegfall, nach dem neuen Recht; nur dann tritt also die Verwirkung ein, wenn künftig der gesetzliche Tatbestand erfüllt wird. Einen anderen Sinn der Fassung des Gesetzes unterschieben zu wollen, hieße ihm Gewalt antun.

5. Die Zulässigkeit von Rückschlüssen aus anderen Bestimmungen des EheG. auf den Sinn des § 74 soll nicht etwa bezweifelt werden. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß auch aus der Gestaltung der neu eingeführten Scheidungsgründe nichts für die Bejahung der Streitfrage gewonnen werden kann.

Es handelt sich hierbei im wesentlichen um die Scheidungsgründe der §§ 50, 52, 53 und 55, die durchweg kein Verschulden eines Ehegatten voraussetzen, sondern im überwiegenden Interesse der Volksgesamtheit eingeführt wurden. Im Gegensatz hierzu dient die Bestimmung über die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs ausschließlich den Belangen des Unterhaltsverpflichteten, trägt den Charakter einer Strafe und setzt ein Verschulden voraus.

Ein Vergleich dieser gesetzlichen Vorschriften würde also so verschiedenartige und so verschiedenen Zwecken dienende Bestimmungen nebeneinanderstellen, daß sie überhaupt nicht als vergleichbar anzusehen sind. Selbst wenn man aber dies leugnet, so ergibt eine nähere Betrachtung der für die Klärung des Meinungsstreits wesentlichen Frage, zu welchem Zeitpunkt die neu eingeführten Scheidungsgründe eingetreten sein müssen, damit eine Scheidungsklage auf sie gestützt werden kann, folgendes.

Gewiß braucht das auf Geistesstörung beruhende Verhalten nicht erst nach dem 1. Aug. 1938 die in § 50 gekennzeichnete Zerrüttung herbeigeführt zu haben, und es braucht auch nicht eine Krankheit der in § 52 angegebenen Art erst nach Inkrafttreten des Gesetzes entstanden zu sein; gewiß muß die vorzeitige Unfruchtbarkeit nicht erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten sein, wie auch der dreijährige Zeitraum der Auflösung der häuslichen Gemeinschaft bereits vor dem 1. Aug. 1938 erfüllt worden sein kann. In all diesen Fällen kann unzweifelhaft die Scheidungsklage auch dann erhoben werden, wenn die gesetzlichen Tatbestände bereits vor dem Stichtag erfüllt waren.

Das ist aber keineswegs das Entscheidende. Alle angeführten Scheidungsgründe nämlich betreffen nicht etwa einzelne, bestimmte Handlungen, sondern Dauerzustände. In allen Fällen kann daher der Scheidungsklage nicht stattgegeben werden, wenn der geltend gemachte Scheidungsgrund im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nicht mehr besteht.

Es genügt also nicht etwa, daß vor dem Inkrafttreten des Gesetzes einmal eine geistige Störung i. S. des § 50 vorgelegen hat, wenn die Erkrankung geheilt werden konnte, die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft infolgedessen nicht mehr ausgeschlossen erscheint und damit die entscheidende Voraussetzung, nämlich die Unwahrscheinlichkeit dieser Wiederherstellung, weggefallen ist. Eine schwere ansteckende oder ekelerregende Krankheit kann die Scheidung nicht begründen, wenn sie vor dem Schluß der letzten mündlichen Verhandlung des Rechtsstreits geheilt oder ihre Ansteckungsgefahr beseitigt werden konnte, und eine beispielsweise im Jahre 1936 festgestellte vorzeitige Unfruchtbarkeit kann einem Scheidungsurteil nicht mehr als Grundlage dienen, wenn heute durch neue, bisher unbekannt gewesene ärztliche Erkenntnisse der Mangel beseitigt werden könnte. Die Aufhebung der häuslichen Gemeinschaft der Ehegatten endlich mag noch so lange gewährt haben, dauert sie bei der Schlußverhandlung des Rechtsstreits nicht mehr an, so muß die Klage fallen.

Es genügt mithin durchaus nicht, daß einer der angeführten Gründe bereits vor dem Inkrafttreten des EheG. bestanden hat. Entscheidend ist vielmehr, daß er in jedem Fall auch nach dem 1. Aug. 1938 noch bestanden haben muß, da erst nach diesem Zeitpunkt überhaupt einer der neu zugelassenen Scheidungsgründe in den Rechtsstreit eingeführt werden konnte, vorher also eine Klage darin noch keine Stütze fand. War der Tatbestand andererseits nach dem Inkrafttreten des Gesetzes nicht mehr erfüllt, so kann auch keine Scheidungsklage auf ihn gestützt werden.

Es kann also aus dem Gebiet der neu eingeführten Scheidungsgründe nichts dafür hergeleitet werden, daß der Unterhaltsanspruch auch dann verwirkt sein sollte, wenn die schwere Verfehlung bereits vor dem Inkrafttreten des Gesetzes begangen wurde. Weit richtiger ist der gegenteilige Schluß: weil die Tatbestände der neu eingeführten Scheidungsgründe auch nach dem 1. Aug. 1938 noch erfüllt sein müssen, wenn sie eine Klage rechtfertigen sollen, so kann auch eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs nur auf Grund solcher Tat-

bestände angenommen werden, die erst nach dem 1. Aug. 1938 erfüllt worden sind (Pfundtner-Neubert, Anm. 3 zu § 74; Anm. 5e zu § 96).

6. Auch heute noch gilt, daß für eine Auslegung gesetzlicher Bestimmungen dort kein Raum ist, wo das Gesetz selbst klar seinen Willen zum Ausdruck bringt. Eine Auslegung über den klaren Wortlaut hinaus würde die Schaffung neuen Rechts durch Stellen bedeuten, die hierzu nicht ermächtigt sind, also unerlaubte Eingriffe in die Befugnisse des Gesetzgebers darstellen.

Unter diesem Gesichtspunkt aber muß die Streitfrage eindeutig verneint werden. § 74 sagt:

„Der Berechtigte verwirkt den Unterhaltsanspruch"

usw. Das heißt aber nach deutschem Sprachgebrauch, daß der Berechtigte den Unterhaltsanspruch gegenwärtig oder künftig verwirkt, wenn er einen der angeführten Tatbestände verwirklicht. Es heißt jedoch niemals, daß der Berechtigte den Unterhaltsanspruch bereits in der Vergangenheit „verwirkt hat", wie es allein ausgedrückt werden könnte, wenn auch wegen einer vor dem Inkrafttreten des Gesetzes liegenden Verfehlung die Verwirkung hätte eintreten sollen.

Gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes ist für Auslegungsversuche kein Raum mehr.

Der Unterhaltsanspruch wird daher nur verwirkt, wenn der Berechtigte sich nach Inkrafttreten des Gesetzes einer schweren Verfehlung gegen den Verpflichteten schuldig macht oder gegen dessen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt. (So auch AG. Neuruppin, U. v. 2. Nov. 1938, 2 S 18/38.)

B.

Von Staatsanwalt Rexroth im Reichsjustizministerium, Berlin

Der Wegfall einer gesetzlichen Unterhaltspflicht durch Verwirkung war dem bisherigen Recht fremd. Sogar eine Begrenzung des Unterhaltsanspruchs des geschiedenen Ehegatten auf den Betrag des notwendigen Unterhalts kam nicht in Betracht, wenn der Berechtigte eine Verfehlung gegen den Verpflichteten beging oder gegen dessen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führte. Denn in § 1580 Abs. 2 BGB. war eine entsprechende Anwendung der Vorschrift in § 1611 Abs. 2 BGB. nicht angeordnet.

Wird künftig eine Ehe geschieden, so verliert der unterhaltsberechtigte Ehegatte seinen gesetzlichen Unterhaltsanspruch, wenn er sich einer schweren Verfehlung gegen den Verpflichteten schuldig macht oder gegen dessen Willen einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt. Er verwirkt seinen Anspruch (§ 74 EheG.). Dem Wesen der Verwirkung entsprechend tritt der Verlust des Anspruchs endgültig und unwiderruflich als unmittelbare gesetzliche Folge der Handlung ein. Aus dem Umstand, daß die Verwirkung von einem bestimmten Verhalten des Berechtigten abhängt, ist zu folgern, daß sie nur künftige Ansprüche ergreift. Der Unterhaltsanspruch für die vor der Verwirkungshandlung liegende Zeit wird nicht beeinträchtigt.

Nach § 96 EheG. kann auch der Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch verwirken, dessen Ehe vor Inkrafttreten des Gesetzes geschieden worden ist. Während ein solcher Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch behielt, wenn er vor dem 1. Aug. 1938 eine schwere Verfehlung gegen den anderen beging, wird er diesen Anspruch verlieren, wenn er sich künftig einer solchen Verfehlung schuldig macht.

Wenn nun § 96 EheG. bestimmt, daß grundsätzlich die neuen Vorschriften über den Unterhalt Anwendung finden sollen, wenn die Ehe vor dem 1. Aug. 1938 geschieden worden ist, so folgt daraus lediglich, daß der Zeitpunkt der Eheauflösung grundsätzlich für die Anwendung des neuen Rechts gleichgültig ist. Darüber hinaus bestimmt aber § 96 weiter ausdrücklich, daß sich die gesetzliche Unterhaltspflicht des früher geschiedenen Ehegatten „für die Zukunft" nach den neuen Bestimmungen richten soll. Dieses zeitliche Merkmal ist nicht ohne Grund besonders hervorgehoben. Es soll zum Ausdruck bringen, daß die rückwirkende Anwendung der neuen Vorschriften ausgeschlossen ist.

Das Verbot der rückwirkenden Anwendung der neuen Vorschriften kennt keine Ausnahmen. Die gesetzliche Unterhaltspflicht unter Ehegatten, deren Ehe vor dem 1. Aug. 1938 geschieden worden ist, ist also für die Zeit vor Inkrafttreten des Ehegesetzes stets nach bisherigem Recht zu beurteilen ist. Andererseits bedeutet die Regelung in § 96, daß — abgesehen von dem Ausnahmefall des Satz 2 (bei Scheidung aus beiderseitigem Verschulden) — für die gesetzliche Unterhaltspflicht unter früher geschiedenen Ehegatten v. 1. Aug. 1938 ab nur die neuen Vorschriften maßgebend sind. In dieser Gegenüberstellung erschöpft sich der Inhalt des § 96. Daraus ergibt sich für die Anwendung des § 74 zwingend folgendes:

1. Eine Verfehlung des Berechtigten führt zum Verlust des Unterhaltsanspruchs, wenn sie nach dem 31. Juli 1938 begangen worden ist oder künftig begangen wird.

2. Eine vor dem 1. Aug. 1938 begangene Verfehlung hat, als sie begangen wurde, den Verlust des Unterhaltsanspruchs nicht zur Folge gehabt.

3. Wer vor dem 1. Aug. 1938 eine Verfehlung begangen hat, hat seinen Unterhaltsanspruch für die Zeit zwischen der Begehung der Verfehlung und dem Inkrafttreten des Ehegesetzes nicht verwirkt.

Fraglich bleibt hiernach, ob infolge der Gesetzesänderung ein Unterhaltsanspruch v. 1. Aug. 1938 ab als verwirkt anzusehen ist, wenn der Berechtigte vor diesem Zeitpunkt eine Handlung der in § 74 gedachten Art begangen hat. Hierfür ist es von Bedeutung, daß die Verwirkung i. S. des § 74 als unmittelbare und endgültige Folge einer bestimmten Handlungsweise des Berechtigten eintritt. Mit dieser Eigentümlichkeit wäre es nicht zu vereinbaren, wenn in den hier in Betracht kommenden Fällen die Verwirkung erst mit dem Inkrafttreten des Ehegesetzes eingetreten wäre, nachdem seit der Verfehlung des Berechtigten bereits längere Zeit, vielleicht sogar eine Zeitspanne von vielen Jahren verstrichen ist. Ein nachträglicher Wegfall der Unterhaltspflicht wegen einer früheren Verfehlung des Berechtigten ließe sich nur rechtfertigen, wenn in den Fällen des § 96 bei früheren Verfehlungen die Vorschrift des § 74 anders auszulegen wäre als bei späteren, nach dem 1. Aug. 1938 begangenen Verfehlungen. Anhaltspunkte hierfür ergeben sich aus dem Gesetz nicht. Dieses will zwar die Anwendung der neuen Vorschriften für die Zeit nach seinem Inkrafttreten ohne Rücksicht darauf sichern, zu welchem Zeitpunkt die Scheidung ausgesprochen worden ist. Andererseits will es für die Zeit vor seinem Inkrafttreten die bisherigen Vorschriften uneingeschränkt angewandt wissen. Zu diesen Vorschriften gehörte auch der Rechtssatz, daß ein geschiedener Ehegatte seinen Unterhaltsanspruch nicht verlor, wenn er eine Handlung beging, an die künftig die Verwirkung geknüpft sein würde.

Mit der klaren Abgrenzung des Anwendungsbereichs des bisherigen Rechts einerseits und der neuen Vorschriften andererseits, würde es nicht zu vereinbaren sein, wenn § 74 EheG. ohne Rücksicht darauf angewandt würde, ob die Voraussetzungen dieser Vorschrift vor oder nach Inkrafttreten des Ehegesetzes verwirklicht worden sind. Die Anwendung des § 74 auf Grund früherer Verfehlungen des Berechtigten würde nämlich eine Einschränkung des Anwendungsgebiets der früheren Vorschriften zugunsten des neuen Rechts bedeuten. Diese Einschränkung hat im Gesetz keinen Ausdruck gefunden. Angesichts des klaren Verbots jeder rückwirkenden Anwendung der neuen Vorschriften hätte sie aber Ausdruck finden müssen, wenn sie dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte.

Diesem Ergebnis kann auch nicht entgegengehalten werden, daß § 96 EheG. die Anwendung der neuen Unterhaltsvorschriften lediglich für den Fall ausgeschlossen habe, daß die Ehe vor dem 1. Aug. 1938 aus beiderseitigem Verschulden geschieden worden ist (§ 96 Satz 2). Denn es handelt sich hierbei nicht um die Frage der rückwirkenden Anwendung der neuen Vorschriften, sondern um ihre Nichtanwendung für eine bestimmte Art von Fällen, in denen die Ehe vor dem 1. Aug. 1938 geschieden worden ist. Für Fälle dieser Art kommt die Anwendung der neuen Vorschriften und damit auch des § 74 EheG. überhaupt nicht in Betracht; sie ist für alle Zukunft ausgeschlossen.

Bedenken gegen die hier vertretene Auffassung könnten schließlich daraus hergeleitet werden, daß in § 74 EheG. ausdrücklich bestimmt ist, daß jede nach der Scheidung begangene schwere Verfehlung des Berechtigten oder der Umstand, daß der Berechtigte nach der Scheidung gegen den Willen des Verpflichteten einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel fortsetzt, die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs herbeiführt. Aus der Hervorhebung dieses zeitlichen Merkmals würde jedoch zu Unrecht gefolgert werden, daß die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs auch aus einer vor Inkrafttreten des EheG. begangenen Handlung des Berechtigten hergeleitet werden könnte. Diese Schlußfolgerung wäre auch keineswegs zwingend. Der Wortlaut des § 74 nötigt vielmehr lediglich zu der Annahme, daß der Unterhaltsanspruch nicht wegen einer vor der Scheidung begangenen, vielleicht erst nachträglich bekannt gewordenen Verfehlung verwirkt sein kann, sondern nur wegen eines Verhaltens nach Scheidung der Ehe. Auf diese Unterscheidung kommt es bei der Auslegung des § 74 EheG. allein an. Zu welchem Zeitpunkt nach der Scheidung die Verfehlung begangen sein muß, an die das Gesetz die Verwirkung des Unterhaltsanspruchs knüpft, ergibt sich in den Fällen des § 96 nicht aus § 74 unmittelbar, sondern aus dem Verhältnis, in dem das zeitliche Merkmal des § 74 („nach der Scheidung") zu dem zeitlichen Merkmal des § 96 („für die Zukunft") steht. In den hier in Betracht kommenden Fällen gibt die Vorschrift des § 96 den Ausschlag. Sie verbietet jede rückwirkende Anwendung der neuen Unterhaltsbestimmungen. Dieses Verbot nötigt zu der Schlußfolgerung, daß die Anwendung des § 74 nur in Betracht kommt, wenn alle Voraussetzungen dieser Vorschrift nach dem Inkrafttreten des EheG. verwirklicht worden sind. Die Verwirkung tritt nur ein, wenn die Verfehlung nach der Scheidung und nach Inkrafttreten des EheG. begangen ist. Verfehlungen, die in der Vergangenheit liegen, werden mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung von der Übergangsvorschrift des § 96 nicht erfaßt.

Erstreckt sich der wegen eines Verkehrsunfalles zu erstattende Schaden auch auf Aufwendungen im Strafverfahren?

Von Rechtsanwalt Dr. Ehrhart Körting, Berlin

Der aufgeworfenen Frage liegt folgender alltägliche Fall zugrunde: A. erleidet mit seinem Kraftfahrzeug einen Verkehrsunfall, an dem auf der anderen Seite B. beteiligt ist, sei es ebenfalls als Fahrer oder Halter eines Kraftfahrzeuges, sei es als Fußgänger oder sonstiger Wegebenutzer, sei es schließlich aus einem anderen Grunde, beispielsweise als Wegeunterhaltungspflichtiger. Dieser Verkehrsunfall hat ein Strafverfahren gegen A. oder gegen B. oder gegen beide zur Folge. In dem Strafverfahren kommt es zur Freisprechung oder zur Verurteilung eines der beiden an dem Verkehrsunfall Beteiligten. Kann nunmehr der an dem Verkehrsunfall Nichtschuldige die ihm im Strafverfahren entstandenen Kosten von dem anderen im Zivilprozeß als einen Teil des ihm durch den Verkehrsunfall entstandenen Schadens ersetzt verlangen?

Bevor auf die Beantwortung dieser Frage im einzelnen eingegangen wird, ist vorweg zu betonen, daß überhaupt ein Anspruch auf Ersatz derartiger Aufwendungen nur dann in Rede stehen kann, wenn der Bekl. aus Verschulden haftet; denn es handelt sich insoweit um einen reinen Vermögensschaden. Haftet der Bekl. also z. B. nur auf Grund der im KraftfG. bestimmten Gefährdungshaftung, dann ist das Verlangen nach Ersatz derartiger Aufwendungen von vornherein nicht gegeben, da ein solcher Vermögensschaden gegenständlich nicht in den Rahmen der Haftpflicht nach § 7 KraftfG. fällt. Der Anspruch könnte also nur auf § 823 Abs. 2 BGB. in Verbindung beispielsweise mit den Bestimmungen der StVO. gestützt werden. Daß deren Bestimmungen Schutzgesetze i. S. des § 823 Abs. 2 BGB. darstellen, dürfte nicht zu bezweifeln sein (vgl. auch RG.: JW. 1934, 1280[1] für die ehemal. KraftfVerkVO.: „Der Bekl. hat ... gegen die §§ 17 Abs. 1, 18 Abs. 1 u. 2, 34 KraftfVerkVO. — und damit gegen § 823 Abs. 2 BGB. verstoßen").

Dies vorausgeschickt, sind bei der Beantwortung der aufgeworfenen Frage zwei Fälle zu unterscheiden:

I.

Der erste Fall ist der, daß sich das Strafverfahren gegen den im Zivilprozeß Bekl. richtet und zu seiner Verurteilung unter Beteiligung des Kl. am Strafverfahren als Nebenkl. führt. Das RG. hat in der — soweit ich sehe — einzigen veröffentlichten einschlägigen Entscheidung v. 15. Febr. 1934 (JW. 1934, 1280[1]) die Ansicht vertreten, daß hinsichtlich der dem Kl. als Nebenkl. in dem Strafverfahren gegen den Bekl. entstandenen Kosten die rechtliche Möglichkeit eines ursächlichen Zusammenhanges mit dem schadenstiftenden Ereignis nicht in Abrede gestellt werden könne. Das OLG. Hamburg (JW. 1937, 1635[6]) kommt zu dem gleichen Ergebnis (vgl. auch LG. Bonn: JW. 1937, 2353[5]) mit der Begründung, es sei das gute Recht des Kl. gewesen, sich dem Strafverfahren, dessen Ausgang für die beabsichtigte Verfolgung der Schadensersatzansprüche von nicht unerheblicher Bedeutung war, anzuschließen. Rilk und Carl stimmen in Anmerkungen in JW. 1937, 2353 und 2354 ebenfalls im Ergebnis dieser Ansicht des RG. bei.

Nach meinem Dafürhalten kann jedoch diese Ansicht nicht als zutreffend bezeichnet werden. Von denen, die sie vertreten, wird zumeist geltend gemacht, daß in der Mehrzahl aller Fälle bei einem Verkehrsunfall einen Beteiligten die Schuld treffe, so daß es keineswegs etwas Ungewöhnliches und aus dem Rahmen des üblichen Herausfallendes sei, wenn sich nunmehr ein Strafverfahren anschließe (vgl. Carl a. a. O.). Das ist sicherlich richtig, obwohl es etwas ebensowenig Ungewöhnliches ist, daß sich kein Strafverfahren anschließt oder daß auf der anderen Seite eine Strafverfolgung wegen eines verkehrswidrigen Verhaltens erfolgt, ohne daß ein Verkehrsunfall geschehen ist. Damit ist jedoch noch nichts dafür dargetan, daß dieses Strafverfahren nun seine innere Ursache in dem Verkehrsunfall hat. Mag also zwischen beiden auch ein Zusammenhang im allgemeinen Sinne bestehen, so ist damit doch noch nicht die Frage beantwortet, ob zwischen ihnen auch der ursächliche Zusammenhang im Rechtssinne gegeben ist, ob nicht vielmehr der Verkehrsunfall nur den äußeren Anlaß dafür bildete, daß nunmehr auf Grund selbständiger Prüfung durch die Strafverfolgungsbehörde, häufig erst auf entsprechende Anzeige durch den Verletzten, die Einleitung des Strafverfahrens erfolgt. Diese Frage mag jedoch zunächst dahingestellt bleiben; denn keineswegs besteht m. E. ein adäquater Zusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall und den dem Kl. als Nebenkl. im Strafverfahren gegen den Bekl. entstandenen Kosten. Diese Kosten sind kein Unfallschaden mehr. Nach der bekannten, den Begriff des adäquaten Zusammenhangs sehr weit erstreckenden Rechtsprechung des RG. ist der ursächliche Zusammenhang dann gegeben, wenn eine Handlung oder Unterlassung im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und nach dem regelmäßigen Lauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung eines gewissen Erfolges geeignet gewesen ist (vgl. z. B. JW. 1936, 1434). Mag also der Verletzte auch ein Recht zur Beteiligung am Strafverfahren gegen den Schädiger haben und mag danach eine solche Beteiligung auch nicht aus dem Rahmen des Möglichen herausfallen, so bildet sie doch im allgemeinen nicht die Regel, sondern die Ausnahme. Die durch die Beteiligung für den Nebenkl. entstandenen Kosten sind nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge kein durch den Verkehrsunfall unmittelbar herbeigeführter Erfolg.

Nun ist es zwar richtig, daß ursächlich im Rechtssinne auch Erscheinungen sein können, die nicht unmittelbar auf dem Unfall beruhen, sondern erst durch das Hinzukommen anderer Umstände, die ihrerseits Folgen des Unfalles sind, entstanden sind. So hat das RG. (VR. 1937, 72) z. B. den inneren Zusammenhang zwischen einer Prozeßneurose mit einem Unfall bejaht, weil die Notwendigkeit für den Verletzten, gegen den Schädiger einen Rechtsstreit anzustrengen, um seine Ansprüche durchzusetzen, einen unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Unfall und dem Rechtsstreit und damit einen mittelbaren ursächlichen Zusammenhang auch mit den durch diesen Rechtsstreit herbeigeführten Folgen begründe. Indessen liegt hier die Sache anders. Nicht nur daß der Verschuldensbegriff im strafrechtlichen Sinne sich nicht mit dem im zivilrechtlichen Sinne deckt und daß die Schuldfrage in beiden Verfahren von ganz anderen Gesichtspunkten aus geprüft und beurteilt wird, ist auch die vom Strafrichter getroffene Entscheidung in keiner Weise präjudiziell für das vom Zivilrichter zu treffende Erkenntnis. Der Zivilrichter muß, mag ein Strafverfahren vorausgegangen sein oder nicht, stets in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung eine völlig selbständige Prüfung und Beurteilung der zur Entscheidung stehenden Fragen vornehmen.

Es ist keineswegs eine Seltenheit, daß bei dieser von ihm unbeeinflußt durch das Ergebnis eines Strafverfahrens vorzunehmenden Nachprüfung der Zivilrichter zu einer anderen Beurteilung der Schuldfrage kommt, als der Strafrichter. Zuweilen, und zwar ebenfalls keineswegs übermäßig selten, kommt es im Strafverfahren gegen den in den diesbezüglichen Fragen möglicherweise besonders unerfahrenen Fahrer, der im Bewußtsein seiner Unschuld oder mangels ausreichender Mittel keinen Verteidiger hinzugezogen hat, zu einer Verurteilung, während die dann gegen ihn erhobene Klage auf Schadensersatz abgewiesen wird, weil nunmehr der von der Versicherungsgesellschaft gestellte, auf diesem Gebiet besonders sachkundige Prozeßbevollmächtigte in tatsächlicher und rechtlicher Beziehung weiteres Material vorbringen und das Augenmerk auf Umstände lenken kann, die, weil bisher von keiner Seite darauf hingewiesen wurde, im Strafverfahren keine oder keine ausreichende Beachtung gefunden haben. Noch häufiger kommt es umgekehrt vor, daß das Zivilgericht trotz Verneinung der Schuldfrage im Strafverfahren und trotz demzufolge erfolgter Freisprechung bei der von ihm vorgenommenen selbständigen Beurteilung zu einer Verurteilung zum Schadensersatz aus Verschulden kommt.

Besonders auch dieser letztere Fall zeigt, daß die Beteiligung des Verletzten im Strafverfahren gegen den Schädiger als Vorbereitung für die Durchsetzung seiner Schadensersatzansprüche keineswegs erforderlich, vielmehr vollkommen überflüssig ist.

Dem kann man m. E. auch nicht entgegenhalten, wie Carl dies a. a. O. tut, daß es entscheidend nicht auf diese objektive Erforderlichkeit, sondern darauf ankomme, ob der Geschädigte den Umständen nach einen bestimmten Aufwand für erforderlich halten durfte. Dürfe er beispielsweise die Aufwendungen für eine Badereise oder für besondere Stärkungsmittel oder Aufwendungen ähnlicher Art für erforderlich halten mit der Folge, daß der Schadenstifter auch für diese Aufwendungen aufzukommen habe, so seien auch derartige Kosten infolge der Beteiligung am Strafverfahren zu ersetzen, wenn der Verletzte diesen Kostenaufwand für erforderlich oder zweckdienlich habe halten dürfen. Die von Carl beispielsweise erwähnten Aufwendungen können hier als Vergleich m. E. nicht herangezogen werden. Denn bei ihnen handelt es sich stets um solche, die der Verletzte zur Beseitigung oder zur Verminderung der Unfallsfolgen machen zu müssen glaubte. Bei den Aufwendungen im Strafverfahren aber könnte es sich allenfalls um solche Aufwendungen handeln, wenn dieses Verfahren sich gegen den Kläger richtete. Dagegen kann keine Rede von zur Beseitigung oder zur Verminderung der Unfallfolgen gemachten Aufwendungen bei den Kosten des Kl. sein, die aus seiner Beteiligung als Nebenkl. im Strafverfahren gegen den Bekl. herrühren.

M. E. kann daher der Verletzte von dem Bekl. die Aufwendungen wegen seiner Beteiligung als Nebenkl. im Strafverfahren gegen den Bekl. nicht als Teil seines ihm auf Grund des erlittenen Verkehrsunfalles entstandenen Schadens ersetzt verlangen, weil diese Aufwendungen weder unmittelbar, noch auch nur mittelbar eine Folge des erlittenen Unfalles sind.

Im anderen Falle müßte man die Ersatzpflicht derartiger Kosten folgerichtig auch dann bejahen, wenn der Bekl. trotz Mitwirkung des Kl. im Strafverfahren freigesprochen wurde (so in der Tat anscheinend Rilk: JW. 1937, 2353). Daß ein solches Ergebnis jedem gesunden Rechtsempfinden widersprechen würde, wird keiner längeren Ausführungen bedürfen. Mit Recht, wenn auch vielleicht nicht mit sonderlich glücklicher Begründung, hat daher das OLG. Stuttgart (JW. 1937, 2353[4]) in solchem Falle den Ersatzanspruch des Kl. abgewiesen.

Der Vollständigkeit halber sei noch auf den bereits häufiger erörterten Fall hingewiesen, daß es zur Durchführung des Strafverfahrens auf Grund einer Amnestie nicht kommt, vielmehr ein das Strafverfahren einstellender Beschluß ergeht mit der Maßgabe, daß die Auslagen des Nebenkl. von diesem selbst zu tragen sind. Das LG. Bonn (JW. 1937, 2353[5] mit zustimmender Anm. von Carl) hat in einem solchen Fall den Anspruch des Kl. auf Ersatz der ihm als Nebenkl. im Strafverfahren gegen den Bekl. entstandenen Auslagen für begründet erklärt. Das OLG. Kiel dagegen (JW. 1937, 2354[6]) hat solchen Anspruch für unbegründet gehalten. Es ist Schäfer in seiner Anmerkung zu dieser Entscheidung des OLG. Kiel in DJ. 1937, 1289 m. E. nur zuzustimmen, wenn er ihr beipflichtet (vgl. auch Schäfer: JW. 1937, 486). Mit überzeugender Begründung führt Schäfer aus, daß es dem Nebenkl. verwehrt sein müsse, im Wege des Zivilprozesses die Erstattung seiner Auslagen von dem ehemaligen Angekl. zu fordern, nachdem der Gesetzgeber ihm in der neueren Amnestiegesetzgebung ausdrücklich einen verfahrensrechtlichen Erstattungsanspruch versagt habe, weil er eine ungleichmäßige Behandlung des Angekl. und des Nebenkl. habe vermeiden wollen. Diese Ungleichheit wäre aber sofort wieder gegeben, wenn der Nebenkl. auf dem Umwege über den Zivilprozeß Ansprüche wegen dieser Auslagen geltend machen könnte. Schon daraus folge, daß die Vorschriften der Amnestiegesetze eine abschließende Regelung darstellten.

II.

Anders liegt der zweite Fall, in dem das Strafverfahren sich nicht gegen den Bekl., sondern gegen den Kl. richtete und zu dessen Freisprechung führte. Kann nunmehr der Kl. die ihm durch seine Strafverteidigung entstandenen Kosten vom Bekl. ersetzt verlangen?

Diese Frage ist neuerdings vom OLG. Darmstadt (JW. 1938, 2205[20]) bejaht worden. Verneint worden hingegen ist sie vom AG. Leipzig (JW. 1936, 1326), vom LG. Saarbrücken (DAR. 1936, 159) und vom LG. Berlin in einer m. W. unveröffentlichten Entscheidung v. 5. April 1938 (263 O 291/37), in der es folgendermaßen heißt:

> „Ebenso unbegründet ist der Anspruch auf Ersatz des Verteidigerhonorars. Die Einleitung des Strafverfahrens gegen den Kl. ist ohne Zutun des Bekl. erfolgt. Das Strafverfahren ist auf Grund der Entschließung der Strafverfolgungsbehörde, die den Sachverhalt und die Schuldfrage selbständig geprüft hat, eingeleitet worden. Es fehlt deshalb an dem ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Fahrers des Bekl. und der Einleitung des Strafverfahrens gegen den Kl."

Rilk stimmt in einer Anmerkung dem Urteil des AG. Leipzig: JW. 1936, 1326 im Ergebnis bei, hält jedoch seine Begründung, daß die Einleitung des Strafverfahrens und damit die hierdurch dem Kl. entstandenen Kosten eine jenseits aller Erfahrung und Berechnung liegende Folge des Verkehrsunfalles sei, für unzutreffend. Dagegen bewirke die selbständige Entscheidung der Strafverfolgungsbehörde eine Unter-

brechung des Kausalzusammenhangs (übereinstimmend mit Rilk vgl. auch Carl, „Straßenverkehrs- und Verkehrshaftpflichtrecht" S. 143 zu Nr. 335).

Wie bereits oben im ersten Abschnitt ausgeführt wurde, ist es sicherlich richtig, daß zwischen dem Verkehrsunfall und dem Strafverfahren ein Zusammenhang im natürlichen Sinne besteht, daß im tatsächlichen Verlauf der Dinge dieser ursächliche Zusammenhang also gegeben ist. Es ist Rilk m. E. auch zuzugeben, daß nach dem vom RG. sehr weit gesteckten Rahmen des adäquaten Zusammenhangs (vgl. insbesondere die von Rilk: JW. 1936, 1326 erwähnten Beispiele) der Umstand der selbständigen Prüfung der Sach- und Rechtslage durch die Strafverfolgungsbehörde allein den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall und dem Strafverfahren noch nicht auszuschließen braucht, wobei freilich diese Rechtsprechung des RG. als gegeben hingenommen wird, ohne daß damit Stellung zu der Frage genommen werden soll, ob sie als richtig anzuerkennen ist oder nicht.

Trotzdem fehlt es jedoch m. E. an dem adäquaten ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall und dem Strafverfahren und damit auch den aufgewendeten Verteidigerkosten, weil nicht der Verkehrsunfall als solcher, der nur den äußeren Anlaß darstellt, sondern, worauf Rilk: JW. 1936, 1326 zutreffend hinweist, allein das eigene Verhalten des Kl. die Grundlage für die Entschließungen der Strafverfolgungsbehörde bildet. Nicht die Tatsache des Unfalles also, sondern das Verhalten des Kl. vor bzw. bei dem Unfall machte ihn hinreichend einer strafbaren Handlung verdächtig und war damit der Grund und die Ursache für das auf Grund der Entschließungen der Strafverfolgungsbehörde gegen ihn beantragte und eingeleitete Strafverfahren. Dessen Ausgang ist dann für die hier erörterte Frage ohne Bedeutung. Gelingt es ihm, den zunächst gegen ihn sprechenden Verdacht zu entkräften, so steht ihm also ein Ersatzanspruch wegen der von ihm insoweit aufgewendeten Kosten gegen den Bekl. nicht zu, da insoweit der adäquate ursächliche Zusammenhang nicht gegeben ist.

Wenn das OLG. Darmstadt (JW. 1938, 2205) hiergegen ausführt, daß dem jedenfalls nicht für jeden Fall zugestimmt werden könne, weil das eigene Verhalten des Kl. im entschiedenen Falle durch das schuldhafte Verhalten des Bekl. (mangelnde Erfüllung der Wegesicherungspflicht) mitbedingt worden sei, das den eingetretenen Erfolg, nämlich die Einleitung des Strafverfahrens, allgemein begünstigt habe, so verkennt es m. E. die Fragestellung, die ja gerade dahin geht, ob der eingetretene Erfolg die Einleitung des Strafverfahrens ist. Im übrigen ist die zivilrechtliche Frage, ob der Unfall durch ein Verhalten des Bekl. mitbedingt war, ob also den Bekl. eine Mitschuld oder gar die Alleinschuld trifft, für die nach strafrechtlichen Gesichtspunkten zu beurteilende Frage, ob trotzdem das Verhalten des Kl. zunächst den Verdacht einer strafbaren Handlung seinerseits begründete, völlig unmaßgeblich. Auch in einem solchen Falle ist also die Ursache und Grundlage für die Einleitung des Strafverfahrens allein das eigene Verhalten des Kl.

Entgegen der Ansicht des OLG. Darmstadt war daher m. E. auch in dem von ihm entschiedenen Fall der Anspruch des Kl. auf Ersatz der ihm durch die Strafverteidigung entstandenen Kosten abzuweisen.

Fehlt es also nach der m. E. zutreffenden Ansicht am ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Verkehrsunfall und dem Strafverfahren, weil dieses seinen Grund nicht in dem Unfall, sondern allein in dem Verhalten des Kl. vor und bei ihm hat, so ist es naturgemäß auch belanglos, ob die Strafverfolgungsbehörde von sich aus einschreitet oder ob das Verfahren durch eine Anzeige des Bekl. in Lauf gesetzt wurde.

Nur dann wird die Frage der Ersatzfähigkeit der Strafverteidigungskosten in bejahendem Sinne zu beantworten sein, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen des § 826 BGB. vorliegen sollten. Dann aber ist, worauf Rilk: JW. 1936, 1327 zutreffend hinweist, nicht der Verkehrsunfall, sondern das Verhalten des Bekl. nach ihm das erste Glied einer zu dem Strafverfahren und den dadurch entstehenden Kosten führenden ganz neuen Kausalreihe.

Zusammenfassend ist also zu sagen, daß, abgesehen von den im Einzelfall möglicherweise vorliegenden Voraussetzungen des § 826 BGB., die im Strafverfahren einem der Beteiligten entstandenen Aufwendungen, seien sie durch Beteiligung am Strafverfahren als Nebenkl. oder seien sie durch die Strafverteidigung entstanden, m. E. nicht als ein Teil des ihm durch den Verkehrsunfall entstandenen Schadens von dem anderen ersetzt verlangt werden können.

Fällt auch die Herbeiführung eines Vermögensverlustes durch Untätigkeit unter die Vorschrift des § 37 Reichserbhofgesetz?

Von Professor Dr. Ludwig Schnorr von Carolsfeld, Königsberg i. Pr.

Vermögensverluste durch Untätigkeit können auf verschiedene Weise eintreten. Einmal sind sie dadurch möglich, daß etwa Gegenstände verfaulen, verrotten oder einstürzen, weil man nicht für sie sorgt. Dies sind Fälle, welche für unsere Betrachtung ohne Bedeutung sind. Ebensowenig kommen für uns nichtausgenützte Gewinn- oder Meliorationsmöglichkeiten in Betracht. Hier soll vielmehr nur davon die Rede sein, ob ein Bauer auch ein ihm zustehendes Recht dadurch verlieren kann, daß er untätig ist. Es soll vor allem von Ausschlußfristen, von der Verwirkung und der Verjährung von Rechten die Rede sein, welche zum Erbhofvermögen gehören[1]).

I. Liegt der Fall so, daß sich an das Schweigen eines Bauern als an eine fingierte Willenserklärung von ihm der Rechtsverlust anknüpfen würde, dann ist die Genehmigung des AEG erforderlich, wenn diese auch für die Wirksamkeit einer ausdrücklichen Erklärung notwendig wäre. Liegt daher Erlaß oder Verzicht oder Abtretung, wenn auch durch Schweigen, vor, so greift § 37 REG ein. Schreibt also z. B. der Versicherer dem abgebrannten Bauern, er nehme seine Zustimmung zur Auszahlung der Versicherungssumme an den Bauunternehmer als erteilt an, wenn er nicht binnen drei Tagen Antwort[2]) erhalte, so ist diese fingierte Zustim-

[1]) Über den Eigentumsverlust durch Ersitzung, Vermischung, Verbindung, Verarbeitung, Fund und über den Verlust von Bienenschwärmen, welche zum Erbhof gehören, vgl. meine Ausführungen ArchZivPrax. 145 H. 2.

[2]) Denn auch aus der ausgezahlten Versicherungssumme darf der Bauer die Handwerker nicht ohne Genehmigung befriedigen, wenn es sich um Ersatz von Erbhofgut (abgesehen vom Zubehör) handelt. And. Ans. Vogels, Anm. 14 zu § 9 REG.; Proelß, VVG., Anm. 2 zu § 15; Proelß-Frey: DÖffVers., Jahrg. 66 (1934) S. 143; Vohnen, zu EHRspr. REG. § 9 Nr. 2. Es ist dabei folgendes zu beachten: Es muß vermieden werden, die Ausnahme des § 37 Abs. 1 Satz 2 REG immer mehr auch auf andere zum Erbhofvermögen gehörende Vermögensstücke als das Zubehör zu beziehen. Bei den Zubehörstücken handelt es sich (trotz ihres Wertes) einmal nicht um die Fundamente des Erbhofes, zum anderen um mehrere kleinere, äußerlich selbständige Gegenstände (z. B. Tiere, Geräte). Hier kann für jeden besonders geprüft werden, ob nicht bei einer Veräußerung die im Satz 2 gesetzten Grenzen überschritten werden. Völlig anders ist aber die Lage bei großen, zusammenhängenden Posten, wie der Versicherungssumme für die abgebrannten Hofgebäude; hier handelt es sich um grundlegende Werte in einem Posten. Innerhalb der Versicherungsforderungen zu scheiden zwischen solchen für größere oder kleinere Gebäudebrandschäden oder für größere oder kleinere Sturmschäden ist wegen der Schwierigkeit der Grenzziehung nicht geboten. Es muß daher auch in diesen Fragen aus dem Surrogationsgedanken heraus geschlossen werden, daß Versicherungsforderungen für Zerstörungen oder Beschädigungen solcher Grundstücksbestandteile, die nicht durch Trennung Zubehör oder erbhoffreies Vermögen werden

mung zu einer Verfügung ohne Genehmigung des AEG ohne rechtliche Wirkung (§ 9 REG). War vereinbart worden, daß der Inhalt des Versicherungsscheines als von dem Versicherungsnehmer genehmigt gelten solle, wenn dieser nicht widerspreche (§ 5 VVG.), und war nunmehr in diesem entgegen vorheriger Abmachung die Zustimmung zur Abtretung an den Bauunternehmer erklärt, so entbehrt diese Zustimmung allein auch der Rechtswirksamkeit [3] [3a]).

II. 1. a) Anders ist es, wenn kraft Gesetzes ein Recht durch reinen Zeitablauf erlöschen soll. In diesen Fällen war es der Wille des Gesetzgebers, als er jene Wirkungen einführte, daß der Schuldner nach gemessener Zeit wieder frei solle disponieren können, daß dieser auch nicht später, bisher über seine Schulden ohne Kenntnis, diesen Forderungen plötzlich gegenüberstehe. Hierher gehören z. B. § 15 KFG. [4]) und § 26 LuftvG.: Diese Vorschriften greifen für das Bauernrecht dann ein, wenn wir dem Surrogationsgedanken folgen und auch Schadensersatzansprüche zum Erbhofvermögen rechnen [5]) (z. B. ein Pferd wird von einem Kraftwagen verletzt, ein Flugzeug stört landwirtschaftliche Zuchterfolge [6])).

In diesen Fällen muß das Interesse [7]) des Schuldners vorgehen. Der Bauer hat, wie jeder andere Volksgenosse, die Möglichkeit, diese Fristen einzuhalten. Wenn sich nun der Gesetzgeber einmal entschlossen hat, derartige Begrenzungen einzuführen, so ist das Verkehrsinteresse an ihrer Einhaltung derart groß, daß sie auch einem Bauern gegenüber eingreifen müssen. Daß der Geschädigte dadurch Schaden erleidet, ist eine unumgängliche Folge des Zieles, die Vermögensdispositionen des Schuldners zu erleichtern. Daher kann infolge richtiger Weiterführung der Gedankengänge des Gesetzgebers für die Beurteilung dieser Verhältnisse nur die Seite des Schuldners, sein Interesse in Betracht kommen. Es erlöschen also diese Ansprüche, wer auch immer dadurch einen Vermögensverlust erleidet.

Dies muß auch für vereinbarte Fristen gelten. Eine anderweitige Regelung würde zu unbrauchbaren Vollzugsschwierigkeiten führen. Die Vereinbarung einer derartigen Rechtsbegrenzung kann man nicht als Umgehung der Ziele des Gesetzes ansehen; denn es handelt sich um reine Verwaltungsmaßnahmen für den Hof. Solche kann aber der Bauer ohne weiteres vornehmen, wenn er sie für richtig hält. Ein versteckter vorheriger Erlaß liegt hier (auch nach dynamischer Rechtsauffassung) nicht vor.

b) Gleich liegen die Fälle sonstiger rechtszerstörender Untätigkeit. Zu den hier einschlägigen Bestimmungen gehört etwa § 6 VVG. [8]). Dieser bestimmt, daß der Versicherer bei Verletzung einer Obliegenheit, welche vor dem Eintritt des Versicherungsfalles ihm gegenüber zu erfüllen ist, von seiner Verpflichtung frei sein soll, falls eine solche Vereinbarung getroffen ist, außer dann, wenn die Verletzung als unverschuldet anzusehen ist. Es ist ja unmöglich, die Nichterfüllung solch einer Obliegenheit an die Genehmigung des AEG zu knüpfen. Die Wirksamkeit einer derartigen Klausel im Versicherungsvertrag aber von der Zustimmung des Gerichtes abhängig zu machen, ist einerseits nach dem Wortlaut der gesetzlichen Vorschriften nicht möglich, andererseits würde eine solche Maßnahme nur dann Zweck haben, wenn mit ihr gleichzeitig eine Überwachung, etwa durch die Organe des Reichsnährstandes, stattfinden würde. Das wäre dann empfehlenswert, wenn gleichzeitig dem Versicherer eine Anzeigepflicht bezüglich ihm bekannter Versäumnisse des Bauern (ähnlich etwa der in § 103 VVG. dem Hypothekengläubiger gegenüber abzugebenden Mitteilung) an diese Stelle auferlegt wäre. Eine solche kennt aber unser geltendes Recht nicht [9]) [10]).

Das gleiche gilt, wenn sich der Versicherer den Rücktritt für den Fall solcher Zuwiderhandlungen vorbehalten hat und er nun nach dem Versicherungsfall (unter Beachtung des § 15 VVG.) zurücktritt. Nicht anders ist es bei der Verletzung der Anzeigepflicht nach § 15 VVG. [11]).

2. a) Besonderer Behandlung bedürfen die Fälle, in welchen derjenige, zu dessen Gunsten das Erlöschen des Rechtes wirkt, eine Frist setzen muß und erst dadurch das Recht untergeht, daß diese Frist ungenutzt gelassen wird. Es ist diese Möglichkeit einer Fristsetzung ein Gestaltungsrecht; denn durch ihre Ausübung wird die Rechtslage geändert: Es kann z. B. das Recht des Versicherten erlöschen, wenn dieser weiter untätig bleibt (§ 12 VVG.). Durch die Ausübung dieses Gestaltungsrechtes wird also die Rechtslage des Versicherten verschlechtert, und zwar, wenn es sich um einen Erbhof handelt, wird ein zum Erbhof gehörendes Recht durch Tätigkeit von dritter Seite zwar nicht beseitigt, aber doch abgeschwächt, dadurch daß es durch Zeitablauf nunmehr erlöschen kann. Es fragt sich daher, ob vielleicht um deswillen jene Fristsetzung einer Genehmigung bedarf. In Betracht käme hier § 37 REG. Dieser spricht aber nur von Veräußerung und Belastung. Beides liegt im gewöhnlichen Sinne des Wortes nicht vor.

Es ist hier aber auch aus dem Gesichtspunkt einer dynamischen Rechtsbetrachtung eine analoge Anwendung von § 37 nicht am Platze. Denn praktisch würde eine solche Genehmigung, wenn sie erteilt wäre, doch nicht viel Wert haben; hat doch das Gericht auf die notwendigen Handlungen, die nach

---

können (Gegensatz: Hagelversicherung der Ernte!), auch was die Auszahlung der Versicherungssumme anlangt, unter § 37 Abs. 1 Satz 1 fallen. Bei der Versicherung anderer Gegenstände ist zu unterscheiden: je nachdem, ob die versicherten Gegenstände zu ihrer Veräußerung einer Genehmigung bedurft hätten oder nicht, ist diese auch für Verfügungen über die Versicherungsforderung nötig oder nicht. Nur so wird es vermieden, daß der Hof ohne Mitwirkung der Organe des Reichsnährstandes und der Anerbenbehörden in seinen Grundfesten erschüttert wird. Vgl. in diesem Zusammenhang aber REHG. 5, 341 = JW. 1938, 2926 [45]; Busse, RdRN. 1937, 366.

[3]) Vgl. in diesem Zusammenhang Kisch: JheringsJ. 68, 268; Hagen, „Handbuch des Handelsrechts", Bd. 8 I, S. 357; Greiser, JurRdschPrivVers. Jahrg. 12 (1935), 5.

[3a]) Man kann nicht sagen, der Bauer hätte ja den Abschluß eines Versicherungsvertrages auch unterlassen können; also könne er dann, wenn er einen solchen schließt, auch einen für den Hof ungünstigeren rechtswirksam schließen. Die Sorgepflicht des Bauern gebietet aber den Abschluß eines Versicherungsvertrages. Es ist Aufgabe der Organe des Reichsnährstandes, notfalls durch Antrag auf Zwangsmaßnahmen, hierfür zu sorgen. Die Ziele des REG dürfen nun nicht durch besondere, den Zweck des § 9 REG vereitelnde Vertragsklauseln umgangen werden. Begründet daher der Versicherungsvertrag von vornherein das Recht eines anderen als des Bauern auf die Versicherungsforderung, so ist diese Vereinbarung, obwohl im ursprünglichen Vertrag enthalten, trotzdem als Abtretung der Forderung zu behandeln. Dies gebietet die dynamische Rechtsbetrachtung.

[4]) Der Ersatzberechtigte verliert die ihm auf Grund der Vorschriften dieses Gesetzes zustehenden Rechte, wenn er nicht spätestens innerhalb zweier Monate, nachdem er von dem Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen Kenntnis erhalten hat, dem Ersatzpflichtigen den Unfall anzeigt.

[5]) Vgl. meine Ausführungen ArchZivPrax. 145 H. 2.

[6]) Vgl. den Sachverhalt in RGZ. 158, 36 = JW. 1938, 2351 [31].

[7]) Darüber, daß Interessenabwägungen auch im Bauernrecht eine Rolle spielen, vgl. etwa Urt. wie REHG 2, 79 = JW. 1936, 1065 [19]; REHG 2, 91 = JW. 1936, 1064 [18]; REHG 2, 167 = JW. 1936, 1454 [25]; REHG 2, 311 = JW. 1936, 2241 [46]; REHG 3, 377 (382) = JW. 1937, 1580 [36].

[8]) Vgl. auch §§ 32, 38 (verspätete Prämienzahlung), 125 (schwere Vernachlässigung des versicherten Tieres), 126 Abs. 2 VVG. Nicht hierher gehört regelmäßig der Fall des § 61 VVG. (Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer), weil hier eine Untätigkeit nur dann vorliegt, wenn die Herbeiführung durch Unterlassung vorliegt. Der Fall ist aber ebenso zu behandeln; vgl. Proelß-Frey a. a. O. S. 153; Pernice: ÖffVers., Jahrg. 67 (1935) S. 147.

[9]) Auch die Wirkung des § 10 Abs. 1 Satz 2 VVG. (Wirkung der Zustellung in der alten Wohnung, wenn dem Versicherer die Wohnungsänderung nicht mitgeteilt ist) kommt einem Bauern gegenüber zur Anwendung, selbst wenn sich ein Rechtsverlust als deren Folge einstellt.

[10]) Das gleiche gilt für die Fälle der §§ 25 u. 23 Abs. 1 VVG. (Nichtanzeige einer gewollten Gefahrerhöhung) und des § 28 mit § 27 VVG. (Nichtanzeige einer ungewollten Gefahrerhöhung).

[11]) Weiterer Fall § 17 VVG.; ferner das Erlöschen des Anwenderechtes mit dem Ablauf von 10 Jahren nach der letzten Ausübung gemäß Art. 79 BayAGBGB.

der Fristsetzung durchgeführt werden müssen, keinerlei Einfluß[12]).

Käme man aber zu dem Ergebnis, daß diese Genehmigung nötig sei und nur dann erteilt werden könne, wenn die erforderlichen Handlungen sichergestellt sind, so wäre die Fristsetzung im Grunde genommen zwecklos. Man hätte in Wirklichkeit eine Gesetzesänderung dahin vorgenommen, daß diese Rechte nur mit Genehmigung des AEG erlöschen. Da aber in den oben unter 1 behandelten Fällen dieser Erfolg auch nicht an die Mitwirkung einer Behörde geknüpft ist, so würden, wollte man die Notwendigkeit der Genehmigung vertreten, für sehr ähnlich gelagerte Fälle, wie z. B. die in § 38 und die in § 39 VVG. geregelten, welche beide von verspäteter Prämienzahlung handeln (der eine behandelt die erste, der andere die folgende Prämie), völlig verschiedene Lösungen entstehen. Das ist aber, solange das VVG. nicht den Bedürfnissen des REG durch den Gesetzgeber angepaßt ist, eine unhaltbare Lösung.

Wir kommen daher zu dem Schluß, daß die Fristsetzung nach § 39 VVG. wie auch die nach § 12 Abs. 2 VVG. ohne Genehmigung des AEG vorgenommen werden kann.

b) Ist so die Frist gesetzt, dann kann die Lage keine andere sein als diejenige, welche oben unter 1 behandelt wurde: Der bloße Ablauf der Frist führt das Erlöschen des Rechtes herbei. Eine Genehmigung zur Untätigkeit braucht nicht eingeholt zu werden, damit diese die Erlöschenswirkung habe. (Lebenswichtige Belange des Versicherers, wie bei den Fällen unter 1, stünden allerdings nicht im Wege.) Eine andere Auffassung würde zu praktisch unbrauchbaren Ergebnissen führen.

In den Fällen des § 12 Abs. 2 VVG. würde das AEG sonst in eine Art Vorprüfung der Prozeßaussichten eintreten. Auch ist ja die Verjährung, die zwar nur eine ähnliche, aber immerhin nicht völlig anders geartete Wirkung hat, in ihrem Ablauf nicht an eine Genehmigung geknüpft. Immerhin gerade in diesem Falle sind Zweifel möglich; denn es besteht kein erhebliches Interesse des Versicherers an dem Fristablauf; kann dieser doch jederzeit negative Feststellungsklage erheben, wenn er Klarheit über seine Verpflichtungen gewinnen will; diese Erwägungen vermögen jedoch nicht durchzuschlagen, weil sonst zu große verwaltungsmäßige Schwierigkeiten für die Anerbenbehörden entstünden.

Werden die nachträglich fälligen Prämien nicht rechtzeitig gezahlt, so gebietet es der Gedanke der Gegenseitigkeit, der das Versicherungsverhältnis beherrscht, daß dem Versicherer rasch die Möglichkeit geboten wird, sich vom Vertrage zu lösen, wenn die Prämien ausbleiben. Ist die Frist, von welcher § 39 VVG. spricht, erfolglos verstrichen, so steht also dem Versicherer das dort festgestellte Kündigungsrecht zu.

c) Endlich wäre noch die Meinung möglich, daß eine Fristsetzung nur dann wirksam erfolgt sei, wenn sie auch dem AEG gegenüber vorgenommen sei; denn dieses helfe ja dem Bauern bei der Verwaltung des Hofes[13]). Unser Gesetz sieht etwas Derartiges nicht vor. Es würde ja auch nicht viel nützen, da nach dem, was wir soeben sahen, dem Gericht eine Möglichkeit zur Einflußnahme fehlt. Das gleiche würde gelten, wenn man annähme, die Frist müsse auch einem Organ des Reichsnährstandes gegenüber gesetzt werden, obwohl dieses stärkere Möglichkeiten zur Einwirkung auf die Verhältnisse besitzt und eine entsprechende Anwendung der Grundgedanken des § 39 II REG manches für sich hätte.

3. a) Ähnlich wie die Fälle unter 2 ist z. B. § 910 Abs. 1 Satz 2 BGB. zu behandeln: Der Nachbar eines Bauern hat diesem eine angemessene Frist zur Beseitigung überragender Zweige gesetzt. Auch hier kann das Aneignungsrecht von zum Erbhof gehörigen Sachen (Sachteilen) durch den Nachbarn nach Fristablauf durchgeführt werden. Das Interesse des Nachbarn wurde seinerzeit durch das Gesetz als das wichtigere angesehen. In diesem Falle spricht keine bauernrechtliche Erwägung dagegen, ebenso zu verfahren, wenn der zu stutzende Baum zu einem Erbhof gehört.

Gleiches gilt auch bezüglich der Duldungspflicht des Überbaues (§ 912 BGB.); denn hier gilt auch der Grundsatz, daß nicht unnötig Werte zerstört werden sollen. Deshalb ist ein solcher auch dann wirksam, wenn auf ein zu einem Erbhof gehöriges Grundstück gebaut wurde. Die Überbaurente gehört dann allerdings zum Erbhof[14]).

b) Hierher gehören auch Einsprüche, wie etwa die des § 17 Abs. 2 GewO. Denn wenn es in dieser Vorschrift auch heißt, daß diese Frist nur für alle Einwendungen, welche nicht auf privatrechtlichen Titeln beruhen, präklusivisch wirke, so hat die Versäumung doch den Fortgang des Verfahrens und damit unter Umständen, wenn die Genehmigung erteilt wird, die Wirkung des § 26 GewO. zur Folge: Der Inhalt des Eigentums erfährt also eine Einschränkung. Trotzdem kann, wenn ein Erbhof von der Anlage Schaden erleiden könnte, die Versäumung der Einspruchsfrist (erst recht nicht die Genehmigung selbst) nicht von anerbengerichtlicher Mitwirkung abhängig sein. Denn die getroffenen Maßnahmen werden durch einen staatlichen Hoheitsakt gedeckt; dieser kann nicht etwa durch erbhofrechtliche Erwägungen ins Wanken gebracht werden[15]).

Oder ein anderer Fall: Zum Erbhofvermögen gehören gemäß § 4 EHRV auch unter Umständen Genossenschaftsanteile oder Aktien. Daher gehören auch die einzelnen aus diesen Rechten fließenden Mitgliedschaftsrechte zum Erbhofvermögen[16]); z. B. die Befugnis zur Anfechtungsklage nach § 51 GenG., § 198 AktG. Die Versäumnis der Frist des § 51 Abs. 1 Satz 2 GenG. bzw. § 199 AktG. ist ebenfalls an keine Genehmigung des AEG gebunden[17]).

4. Die gleichen Erwägungen einer Interessenabwägung, wie sie soeben öfter vorgenommen wurden, müssen bei der Beurteilung anderer, im Gesetz nicht vorgesehener Verwirkungsfälle maßgeblich sein.

5. Zu allen vorher behandelten Fällen ist aber zu bemerken, daß dann die Erlöschenswirkungen nicht eintreten, wenn keinerlei schutzwürdige Interessen dessen vorliegen, der aus dem Fristablauf Nutzen ziehen will und kann. Das ist dann der Fall, wenn dieser und der Bauer in bewußtem und gewolltem Zusammenarbeiten diese Fristversäumnis herbeigeführt haben. Ist dem so, dann bleibt das Recht, trotz des Fristablaufes, bestehen. Es kann daher z. B. von dem Anerben, vom Treuhänder (§§ 73 Abs. 1 Nr. 2, 80 Abs. 3 EHVfO.) oder vom Nutzverwalter (§ 91 Abs. 3 EHVfO.) geltend gemacht werden[17a]).

III. Was die Verjährung betrifft, so ist ihr Ablauf nicht etwa durch die Genehmigung des AEG bedingt. Es folgt aus dem Sinn und Zweck dieses Rechtsinstituts, daß es auch ohne weiteres einem Bauern gegenüber zur Anwendung zu kommen hat. Dies gilt auch bei kürzeren Fristen, z. B. die fünfjährige Verjährung in Art. 78 BayAGBGB. (Verjährung der Ansprüche[18]) auf Beseitigung von Pflanzen, welche nahe der Grenze wachsen) oder die zweijährige des § 12 Abs. 1 VVG. Auch hier gilt allerdings das, was soeben

---

12) Vgl. „Die Bedürfnisse der Praxis als Entscheidungsgrundlage“: REHG 5, 25 = JW. 1938, 1348[55].

13) Vgl. Busse, „Der Erbhof im Aufbau der Volksordnung“, S. 118.

14) Die Ausübung des Gestaltungsrechtes des § 915 dagegen ist nur mit Genehmigung des Anerbengerichtes wirksam. Dieses hat zu prüfen, ob es möglich erscheint, daß der Grund und Boden bald wieder gebäudefrei wird oder ob dies aussichtslos ist. Es hat den Wert, den das Grundstück für den Hof hat und den der Erwerb des Eigentums durch den Gebäudeeigentümer für die Allgemeinheit hat, gegeneinander abzuwägen.

15) Wird ein Erbhofgrundstück in der Zwangsversteigerung zugeschlagen, so geht ja auch hier durch diesen Hoheitsakt die Erbhofeigenschaft verloren; vgl. REHG 4, 42 u. 51 = JW. 1937, 2151[55]; Vogels (4. Aufl.), Anm. 16 zu § 38 REG.

16) Vgl. in diesem Zusammenhang Vogels zu EHRspr. DVO II § 2 Nr. 11.

17) Andere hier einschlägige Fälle: §§ 38 Abs. 2, 62 Abs. 2 RUmlegungsO. v. 16. Juni 1937 (RGBl. I, 629) (Der § 32 Abs. 1 Satz 2 EHRV befreit nur von der Einbeziehung eines Erbhofes in Verfahren zur Grundstücksumlegung!); § 33 der 1. WassVerbVO. vom 3. Sept. 1937 (RGBl. I, 933).

17a) Vgl. in diesem Zusammenhang Stoll: JW. 1934, 352.

18) Diese gehören, weil aus dem Eigentum fließend, zum Erbhofvermögen.

unter II 5 über die Wirkung gewollter Schädigung des Erbhofvermögens gesagt worden ist.

IV. Im Anhang an die Erörterung dieser Probleme ist noch die Frage zu besprechen, ob durch lässige Prozeßführung, insbesondere durch Untätigkeit im Rechtsstreit, dem Bauern zum Erbhof gehörende Rechte verlorengehen können. Es ist hier vor allem an den Streit um das Eigentum an einem Erbhofgrundstück zu denken.

1. a) Macht jemand einen Berichtigungsanspruch gegen den Bauern außergerichtlich geltend und kommt der Bauer diesem durch Bewilligung der Eintragung nach, so fragt es sich, ob das GBA. auf Grund dieser Bewilligung (und des notwendigen Antrags) eine Eintragung im Grundbuch vornehmen darf. Die Frage ist zu verneinen. Die Eintragung kann erst vorgenommen werden, wenn die Genehmigung des AEG vorgelegt wird; denn Voraussetzung für die Eintragung einer Berichtigung ist stets, daß derjenige zugestimmt hat, welcher auch bei einer Veräußerung zustimmen müßte; könnten doch sonst Vorschriften über die Genehmigungspflicht von Veräußerungen (wie § 37 REG.) leicht umgangen werden[19] (§ 22 GBO.).

b) Wie ist die Rechtslage aber dann, wenn dem GBA. ein Urteil eines ordentlichen Gerichts vorgelegt wird, in welchem eine Verurteilung zur Bewilligung rechtskräftig ausgesprochen ist?

α) Dem Bauern steht das Prozeßführungsrecht über den Hof zu[20]. Es ist daher gemäß § 54 ZPO. nicht möglich, selbst nicht für Anerkenntnis und Verzicht, eine anerbengerichtliche Zustimmung zu verlangen. Trotz der neuen Grundlage des Erkenntnisverfahrens[21] ist es dem Gericht nicht möglich, bei Streit um Geld und Geldeswert von Amts wegen die Wahrheit zu erforschen. (Zunächst einmal unterstellt, hier läge auch ein solch gewöhnlicher Streit vor.)

β) Wird dem GBA. nur die rechtskräftige Verurteilung zur Bewilligung ohne Ausspruch über die Unrichtigkeit des Grundbuchs vorgelegt, so ist, weil der Grund zur Bewilligung nicht ersichtlich ist, so zu verfahren, wie unter a gesagt wurde[22].

2. In der Regel der Fälle wird aber gleichzeitig ein Ausspruch des Gerichts darüber erfolgen, daß das Grundbuch unrichtig oder daß der Kl. Eigentümer des Grundstücks sei.

Ist nun in diesen Fällen zur Berichtigung des Grundbuchs auch eine anerbengerichtliche Genehmigung erforderlich? Nach dem, was wir soeben gesehen haben, wäre es leicht möglich, daß der Bauer durch schlechte Prozeßführung doch ein Urteil erlangt, welches in Wahrheit eine Umgehung des § 37 REG bezweckt. Man könnte daher auf den Gedanken kommen, trotz des § 22 GBO., der den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs für eine Berichtigung als ausreichend erklärt, eine Genehmigung zu verlangen. Es würde aber dann in den Fällen, in welchen wirklich ernstlich über die Richtigkeit der beiderseitigen Behauptungen gestritten wurde, in Wahrheit eine Nachprüfung des Prozesses durch die AEG stattfinden. Ganz abgesehen davon, daß diese für die Entscheidung jener Fragen nicht besonders geeignet sind, wäre ein solches Nebeneinander der Entscheidungen von Justizbehörden über den gleichen Fall dem Ansehen des Staates und der Rechtspflege abträglich[23], besonders dann, wenn widersprechende Entscheidungen ergingen. Es ist nun dem Urteil des ordentlichen Gerichts im allgemeinen nicht anzusehen, ob hier ernstlich gestritten wurde. Daher kann auch keine Unterscheidung durch verschiedene Behandlung verschiedener Entscheidungen gemacht werden. Da aber Umgehungen des REG unter allen Umständen vermieden werden müssen und, wie wir sahen, ein Genehmigungsverfahren nicht durchführbar ist, so ist es notwendig, in diesen Fällen eine Einschränkung der Parteidisposition anzunehmen und ein Offizialverfahren durchzuführen[24]. Das gleiche Ergebnis folgt auch aus dem Gedanken, daß eben das Erbhofvermögen nicht Geld und Geldeswert ist, welches in der gleichen Weise dem Eigentümer von der Volksgemeinschaft anvertraut ist, wie die meisten anderen Gegenstände[25] [26].

3. Das gleiche gilt auch beim Prozeß um andere zum Erbhof gehörende Rechte, wenn dort deren Bestand im Feststellungsverfahren direkt Gegenstand des Rechtsstreites ist oder im Leistungsprozeß indirekt darüber gestritten wird (z. B. eine Versicherungsforderung[27]). Anderes gilt nur dann, wenn die Veräußerung des Gegenstandes (z. B. eines Tieres) nicht der Genehmigung bedürfte, weil sie zur ordnungsmäßigen Wirtschaft gehört[28].

4. In diesen Fällen ist daher die Untätigkeit des Bauern für ihn regelmäßig ohne nachteilige Wirkung.

[19] Vgl. Güthe-Triebel, Grundbuchordnung, Anm. 34 zu § 22; KG.: OLGRspr. 25, 390; 40, 62; Güthe: ZBlFrG. 13, 187.

[20] Vgl. in diesem Zusammenhang REHG 5, 309 = JW. 1938, 3064 55 (3065).

[21] Vgl. RGSt. 72, 115 = JW. 1938, 1385 1 m. Anm.; RGSt. 72, 137 = JW. 1938, 2001 1.

[22] Güthe-Triebel a. a. O.; Meikel-Imhof, Grundbuchordnung (3. Aufl.), Anm. 3b zu § 22.

[23] Vgl. meine Ausführungen JW. 1936, 550 f.

[24] Daher ist hier ein Anerkenntnis ohne Bedeutung, wie sonst im Zivilprozeß, wenn öffentliche Interessen im Spiele sind (vgl. §§ 617, 640 ZPO.); das gleiche gilt ja auch im Verwaltungsprozeß, wenn öffentliche Interessen in Frage stehen (vgl. BayVGH., Bayer. Gem.- u. VerwZ. 1928, 35). Denn an sich wäre ein Anerkenntnis auch bezüglich eines Rechtes möglich, über das die Partei nicht verfügen kann; vgl. Hellwig, „System des deutschen Zivilprozeßrechts" I S. 443.

[25] Hat der Bauer freiwillig die Berichtigungsbewilligung abgegeben, ist aber die Genehmigung versagt worden, so steht nichts im Wege, nunmehr durch Klage vor den ordentlichen Gerichten die Berichtigung zu erreichen.

[26] Ob der Bauer Kläger oder Beklagter ist, ist gleichgültig.

[27] Eine Leistungsklage, die keine Feststellung eines zum Erbhof gehörigen Rechtes enthält (z. B. aus Kaufvertrag) wird hier nicht besprochen.

[28] Vgl. Busse a. a. O. S. 196 f.; a. A. Wörmann: JW. 1935, 2562. Wenn auch die Anerbenbehörden an die Entscheidungen der ordentlichen Gerichte nicht gebunden wären, so würde das praktisch vielfach für den Hof keine Auswirkung haben oder es würden verworrene Rechtslagen entstehen, die für das Leben und das Rechtsbewußtsein unleidlich wären.

Ein Beitrag zur Lehre vom Kontokorrent

Eine Kritik an der herrschenden Lehre vom Kontokorrent

Von Fakultätsassistent Hans Weispfenning, Frankfurt a. M.

Der französische Kassationshof hat, worauf die interessanten Ausführungen von Kerwer: JW. 1938, 18 ff. hinweisen, in einigen seiner jüngsten Entscheidungen seine bisherige Ansicht vom Kontokorrent einer grundlegenden Änderung unterzogen. Diese Tatsache darf um so mehr unsere Aufmerksamkeit beanspruchen, als das oberste französische Gericht hiermit wohl aus zwingenden Gründen eine Auffassung aufgegeben hat, die seit Jahrzehnten in fast genau der gleichen Art und mit denselben Folgerungen vom RG. und dem ganz überwiegenden Teil des deutschen Schrifttums vertreten wird. Es liegt daher die Frage nahe, ob die in Deutschland herrschende Anschauung vom Kontokorrent in ihren praktischen Ergebnissen noch voll befriedigen kann.

I. Die herrschende Meinung vom Kontokorrent

Die h. M.[1] läßt sich in Voraussetzungen und Wirkungen kurz wie folgt kennzeichnen:

[1] RGZ. 76, 333 = JW. 1911, 722; RGZ. 115, 393 = JW. 1927, 972; RGZ. 117, 34 = JW. 1927, 1837; RGZ. 123, 386 = JW. 1929, 1873; RG.: JW. 1933, 2826.

Grundlage des Kontokorrentverhältnisses ist der Kontokorrentvertrag, der dahin geht, daß „die Einzelforderungen nicht als solche durch eine einzelne Tilgungshandlung aus der Welt geschafft werden, sondern die aus der Geschäftsverbindung entspringenden beiderseitigen Ansprüche und Leistungen erst in regelmäßigen Zeitabschnitten durch Verrechnung und Feststellung des für den einen oder anderen Teil sich ergebenden Überschusses ausgeglichen“ werden sollen.

1. Die in das Kontokorrent eingestellten Leistungen und Ansprüche aus der Geschäftsverbindung tragen hiernach die ausschließliche Bestimmung in sich, bei Abschluß der Rechnungsperiode in dem Saldo aufzugehen und stellen demzufolge bloße „Rechnungsfaktoren“ [2]) dar, deren ursprüngliche causa, mindestens soweit es der Zweck des Kontokorrents erfordert, erloschen ist. Bis zum Rechnungsabschluß sind die Forderungen gegenüber dem anderen Teil gestundet [3]), weshalb nicht auf Zahlung geklagt werden kann, ein Verzug ausgeschlossen ist und die Verjährung nicht zu laufen beginnt. Kraft ihrer besonderen Bestimmung sind die gegenseitigen Ansprüche unübertragbar, unverpfändbar und unpfändbar (letzteres streitig).

Es ergibt sich also, daß während laufender Rechnung keine Schuld und keine Forderung des einen Kontokorrentbeteiligten gegen den anderen besteht, keiner von ihnen Schuldner oder Gläubiger ist, da einerseits die ursprünglichen Ansprüche zu bloßen „Rechnungsfaktoren“ geworden sind und nicht mehr geltend gemacht werden können, andererseits die Saldoforderung als Ergebnis der Verrechnungen erst beim periodischen Abschluß entsteht. Bis dahin laufen Debet und Kredit ohne rechtliche Beziehung nebeneinander her.

2. Die anläßlich des periodischen Rechnungsabschlusses erfolgende vertragsmäßige Anerkennung, die meist in der stillschweigenden Billigung eines zugesandten Kontoauszuges zu sehen ist, hat im Ergebnis die Wirkungen

a) einer Aufrechnung der gegenseitigen Ansprüche und Leistungen [4]),

b) der Begründung einer abstrakten Saldoforderung im Wege der Novation. Anerkennung und Aufrechnung sind untrennbar miteinander verbunden [5]).

Zu a: Da sämtliche Posten in Soll und Haben als Rechnungsfaktoren einander gleichwertig sind, alle nunmehr zum gleichen Zeitpunkt fällig werden, eine Tilgung der Einzelansprüche in der Reihenfolge des § 366 BGB. aber ausgeschlossen ist, erfolgt die Aufrechnung verhältnismäßig, d. h. die Posten der größeren Kontoseite werden einzeln zu einem Bruchteil getilgt, dessen Zähler der Gesamtbetrag aller Posten der kleineren und dessen Nenner derjenige aller Posten der größeren Seite ist. Der hieraus resultierende Saldo setzt sich aus so vielen, in obiger Höhe berechneten Forderungs- und Zahlungsresten zusammen, wie vorher Forderungen und Zahlungen auf der Überschußseite gebucht waren [6]).

Zu b: Die Restbestandteile der früheren Posten erlöschen durch die mit dem Anerkenntnis verbundene Novation. Es besteht nur noch die einheitliche, von den alten Schuldgründen losgelöste Saldoforderung. Erst jetzt also ist eine Forderung zwischen den Parteien begründet, erst jetzt sind Gläubiger- und Schuldnerrolle endgültig unter ihnen verteilt.

II. Das Staffelkontokorrent in Gegenüberstellung mit der herrschenden Meinung an Hand einiger praktischer Fälle

Im Gegensatz zu der bei uns h. M. vertritt, wie die Ausführungen Kerwers: JW. 1938, 18 ff. zeigen, der französische Kassationshof nunmehr in Abweichung von seiner früheren Ansicht den Standpunkt, daß zu jedem Zeitpunkt der Kontokorrentperiode eine Schuld bzw. eine Forderung als stets gegenwärtiger Saldo bestehe, dessen Höhe durch die Einstellung weiterer Soll- und Haben-Posten bis zum Rechnungsabschluß auflösend bedingt sei. Die Verrechnung eines jeden kontokorrentpflichtigen Postens auf den jeweiligen Saldo erfolgt nach dieser Ansicht also sofort, die Beziehungsgröße ist in jedem Fall die stets vorhandene Überschußforderung, die nach jedem Geschäftsvorfall eine Veränderung erleidet: Staffel- oder Saldokontokorrent [7]).

Die Auffassung vom Staffelkontokorrent ist deswegen einer Prüfung wert, weil sie sich in manchen Fällen durch befriedigende praktische Ergebnisse bewährt, mit denen die h. M. bei folgerichtiger Durchführung ihrer Lehre jeweils nicht aufwarten kann. Da nach der ersteren jederzeit eine arrestfähige Forderung besteht, kann der Saldogläubiger auch ohne weiteres einen Arrest in das Vermögen seines im Debet stehenden Kontokorrentpartners ausbringen, während ihm dies nach h. M. folgerichtig versagt bleiben müßte, wenn der Schuldner nach Kündigung des Kontokorrentverhältnisses (§ 355 HGB.) nicht ohne weiteres freiwillig anerkennt. Es müßte zunächst auf Abgabe des Anerkenntnisses geklagt werden, da erst mit Rechtskraft des in diesem Sinne stattgebenden Urteils eine arrestfähige Forderung vorhanden wäre. Unter Umständen müßte also der Gläubiger auch den dornenreichen Weg eines erfahrungsgemäß langwierigen Kontokorrentprozesses in mehreren Instanzen durchlaufen. War wirklich ein ernstlicher Arrestgrund gegeben, dann wird schließlich vom pfändbaren Schuldnervermögen nicht allzuviel mehr vorhanden sein.

Ähnliche Schwierigkeiten ergeben sich folgerichtig nach h. M. auch für den aus dem Saldo Berechtigten, der sich aus zur Sicherung übereigneten oder verpfändeten Gegenständen befriedigen oder am Konkurse des Saldoschuldners teilnehmen will, wenn letzterer bzw. der Konkursverwalter die Anerkennung verweigern. Sollte er z. B. im letztgenannten Fall zusehen müssen, wie der Konkursverwalter eine Abschlagsverteilung nach der anderen vornimmt, ohne aus seinem lediglich künftigen Anspruch aus dem Saldo entsprechende Beträge zu hinterlegen, weil er nach h. M. noch gar nicht Gläubiger ist, eine der Anmeldung zur Konkurstabelle fähige Forderung überhaupt noch nicht existiert?

Nach dem Inhalt des § 688 ZPO. muß es die h. M. dem Gläubiger ferner versagen, gegen den zahlungsunwilligen Saldoschuldner Zahlungsbefehl zu erlassen, wenn ein Anerkenntnis von diesem nicht zu erlangen ist. Nach der Auflösung des Kontokorrentverhältnisses erwächst ja nur ein Anspruch auf Abgabe einer Willenserklärung, der im Mahnverfahren keine beschleunigte Befriedigung finden kann. Nach h. M. ist ferner eine Sicherungsabtretung oder Verpfändung des jeweiligen Saldos nicht möglich, wie auch bei mehrfachem Kontokorrent, das nach den Geschäftsbedingungen der Banken ein einheitliches Kontokorrent bildet, eine Aufrechnung der mehreren Salden ohne vorherige Anerkennung des Schuldners nicht stattfinden könnte.

Die oben angedeuteten, vom Standpunkt der h. M. m. E. unabweisbaren Folgerungen besitzen verhältnismäßig wenig Überzeugungskraft. Gerade wenn es für den Gläubiger im Arrest-, Konkurs- oder Mahnverfahren, bei der bestimmungsgemäßen Verwendung zur Sicherheit übereigneter oder verpfändeter Gegenstände zur eigenen Befriedigung auf schnelles

---

[2]) RGZ. 76, 331 = JW. 1911, 722; RGZ. 117, 34 = JW. 1927, 1837; WarnRspr. 1926, 27.

[3]) RGZ. 125, 416 = JW. 1930, 2699; RGZ. 105, 234; RG.: LZ. 1914, 1132 und JW. 1933, 2826.

[4]) RG.: JW. 1898, 308; WarnRspr. 1931 Nr. 43; RGZ. 56, 24; 132, 218 = JW. 1931, 2429 [2].

[5]) RGZ. 76, 333 = JW. 1911, 722; RGZ. 87, 435 = JW. 1916, 407; RG.: BankArch. 18, 102 u. 21, 386.

[6]) Greber, „Das Kontokorrentverhältnis“, Leipzig 1893, S. 104 ff.; RGZ. 56, 19; 59, 192; RG.: SeuffArch. 82 Nr. 129 u. BankArch. 30, 230.

[7]) Diese Ansicht ist neuerdings auch von Krapf, „Der Kontokorrentvertrag“, 1936, vertreten worden. Die grundsätzliche Tendenz der Arbeit ist m. E. ohne Einschränkung beifallswert. Ihr Verständnis scheint mir allerdings durch die vorwiegend konstruktive Begründung des Autors, die weitgehend auf zugestandenen Fiktionen beruht und dadurch im Ergebnis wirklichkeitsfremd wirken kann, getrübt zu werden. Im Rahmen dieses Aufsatzes kann leider nicht näher hierauf eingegangen werden. Von älteren Schriftstellern neigen Thöl, „Das Handelsrecht in Verbindung mit dem ADHGB.“, Göttingen 1862, Bd. 1 S. 595 und Eisele, „Die Kompensation nach Römischem und Gemeinem Recht“, Berlin 1876, S. 377 und Mohr, „Der Kontokorrentverkehr“, Berlin 1902, der Lehre vom Staffelkontokorrent zu.

Handeln ankommt, müßte sich dieser gegenüber dem oft böswilligen Schuldner auf ein umständliches Prozeßverfahren verweisen lassen, welches den Erfolg einer späteren Zwangsvollstreckung nicht selten in Frage stellen wird. Alle diese Folgerungen beruhen lediglich darauf, daß nach h. M. die Saldoforderung erst durch das Anerkenntnis zur Entstehung kommen soll. Sie lassen sich restlos vermeiden, wenn man im Sinne des Staffelkontokorrents annimmt, daß im Rahmen des Kontokorrentverhältnisses eine jederzeit gegenwärtige, nur in ihrer Höhe nach jedem kontokorrentpflichtigen Geschäftsvorfall wechselnde Saldoforderung besteht. Der französische Kassationshof jedenfalls hat sich in einem Falle, in dem es sich um die beschleunigte Verwirklichung einer Saldoforderung im Arrestverfahren handelte, für das Staffelkontokorrent ausgesprochen[8]).

III. Das Kontokorrent in der Wirtschaftspraxis

Für die Auffassung vom Staffelkontokorrent als laufender Verrechnung kann m. E. auch die Wirtschaftspraxis, insbesondere diejenige der Banken, Anschauungsmaterial liefern. Es ist für jede Bank ein elementares Erfordernis gesunder Geschäftsgebarung, den Stand der Debitoren und Kreditoren ohne weiteres übersehen zu können. Es erscheint also unerläßlich, daß sie ohne besondere Vorarbeit zum Zwecke der Zwischenbilanzierung jederzeit die Salden der Personenkonten feststellen und auf Bilanzkonto sammeln kann. Der jeweilige Saldo muß daher insbesondere auch auf dem Kontokorrentkonto ersichtlich gemacht werden.

Die Notwendigkeit jeweiliger Saldoziehung ergibt sich noch aus folgendem Grund: Die Beanspruchung des Kontos durch den Kunden hat fast immer ihre obere Grenze, die entweder durch die Höhe eines dem letzteren eingeräumten Kredites oder durch den Betrag seiner Einzahlungen und Forderungen gegen die Bank bestimmt ist. Beide Geschäftspartner haben das allergrößte Interesse daran, über den jeweiligen Saldo unterrichtet zu sein, die Bank um Kontoüberziehungen zu verhindern, der Kunde, um den Rahmen für seine geschäftlichen Dispositionen von vornherein richtig ziehen zu können; also auch hier das für den praktischen Kaufmann selbstverständliche Bestreben, den Stand seiner geschäftlichen Beziehungen jederzeit übersehen und danach handeln zu können.

In der Buchführungspraxis unserer Banken finden wir die obigen Angaben bestätigt.

Man geht nicht zu weit mit der Behauptung, daß sämtliche deutschen Kreditinstitute mindestens ein Kontokorrentblatt führen, auf dem der jeweilige Saldo in Erscheinung tritt. Diese Entwicklung dürfte heute so weit gediehen sein, daß ein rationalisierter Bankbetrieb ohne Buchungsmaschinen, die den Saldo nach jedem Geschäftsvorfall mechanisch errechnen, kaum vorstellbar ist.

Für die Auffassung des Kontokorrents als Saldokontokorrent fällt wohl nicht zuletzt auch die Methode der Zinsberechnung ins Gewicht. Von den beiden Arten der Zinsermittlung, Staffelzinsberechnung — Grundlage ist der jeweilige Saldo — und der Posten- oder Kolonnenmethode — die Zinsen werden von jedem Posten in Soll und Haben einzeln berechnet, addiert und aus den Zinssummen der Saldo ermittelt — ist die erstere die wohl weit überwiegende und bei der regelmäßig vorhandenen Verschiedenheit zwischen Soll- und Haben-Zinssatz einzig befriedigende Methode.

Wenn man vielleicht auch einräumen kann, daß die Methode der Zinsberechnung allein nicht ohne weiteres entscheidend für die Bestimmung des rechtlichen Charakters des Kontokorrents ist, so müßte folgerichtig doch die h. M. die Saldomethode ablehnen, da nach ihr ein Saldo und damit ein Gegenstand der Verzinsung erst am Schluß der Rechnungsperiode durch das Anerkenntnis entsteht. Dieser m. E. unleugbare Widerspruch zwischen theoretischer Forderung und rechtstatsächlicher Gestaltung kann wohl auch nicht mit der Begründung abgetan werden, daß es jedem Beteiligten freistehen müsse, intern den Saldo zu ziehen, so oft es ihm beliebe, und daß einer derartigen rein innergeschäftlichen Maßnahme rechtliche Bedeutung nicht zukomme[9]). Denn im Geschäftsleben, insbesondere aber seitens der Banken erfolgt die Saldoziehung nicht, worauf die h. M. abstellt, beliebig oft, sondern regelmäßig und in jeder Beziehung planvoll, da sie einem dringenden betriebswirtschaftlichen Bedürfnis entspringt. Zudem wird übersehen, daß der wenigstens buchungsmäßig errechnete Saldo für die Parteien die wohl ausschlaggebende Grundlage ihrer Dispositionen ist, daß „wirtschaftlich" für sie stets ein Überschuß zugunsten des einen oder anderen Teils vorhanden ist. Sollte nicht doch angenommen werden können, daß dieser Überschuß auch rechtlich eine Forderung bzw. eine Schuld darstellt? Dies nicht um so mehr, als die rechtlichen Folgerungen gerade im kaufmännischen Verkehr wie sonst nirgends nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten bestimmt werden müssen? Das gilt besonders für Fälle, in denen, wie es hier meist zutrifft, zu diesem Punkt nichts ausdrücklich erklärt worden ist.

Die h. M. läßt aber weiterhin folgendes außer acht: Für jede Eintragung erteilt die Bank dem Kunden Last- und Gutschriftanzeigen. Der letztere erhält hierdurch Gelegenheit zur Stellungnahme und Kritik. Bleibt diese aus, dann wird sich die Bank auf die Richtigkeit der Eintragungen vorbehaltlich etwa begründeter Kondiktionsansprüche usw. verlassen dürfen. Der Geschäftsfreund wird hier an der jeweiligen Verrechnung und damit an der gleichzeitigen Saldoziehung unmittelbar selbst beteiligt. Von einem rein internen Rechnungsvorgang kann hier wohl kaum noch die Rede sein. Viel näher liegt die Annahme, daß auf diese Weise mehr oder weniger stillschweigende Verrechnungserklärungen abgegeben werden, welche den jeweiligen Saldo in seiner Höhe verändern[10]). Unzählig sind ferner die Anfragen der Kunden bei der Bank nach dem jeweiligen Kontostand. Zwanglos lassen sich m. E. diese auch rechtlich in dem Sinne bewerten, daß hiermit, falls dies nicht schon vorher geschehen ist, eine Verrechnung erfolgt. Über den Charakter eines internen Rechnungsvorganges, welchen die h. M. den regelmäßigen und planvollen Zwischensaldierungen beilegen will, gehen die zuletzt genannten Parteihandlungen schon rein äußerlich, m. E. aber auch in ihrer rechtlichen Bedeutung hinaus.

IV. Der Saldokontokorrentvertrag in seinen rechtlichen Voraussetzungen und Wirkungen

Diese der Wirtschaftspraxis entnommenen Anhaltspunkte scheinen mir für die Auffassung des Kontokorrents als Staffelkontokorrent zu sprechen. Es sei im folgenden versucht, einen kurzen Überblick über die rechtliche Behandlung des letzteren zu geben. Dabei werden sich zu den oben unter II. angedeuteten noch einige praktische Folgerungen ergeben, die ebenfalls für die hier angedeutete Auffassung ins Gewicht fallen.

Ausgangspunkt des Saldokontokorrents ist der Kontokorrentvertrag. Die Parteien wollen durch ihn eine stets gegenwärtige, auf einheitlichem Rechtsgrund beruhende, nach jeder Verrechnung in ihrer Höhe wechselnde Saldoforderung schaffen. Diese ist Beziehungsgröße und Gegenstand sämtlicher Verrechnungen von Forderungen und Geldleistungen[11]).

Die als einheitlich gedachte Saldoforderung ist ihrem rechtlichen Charakter nach stets Darlehensforderung. Sie kommt durch die erste Einsetzung eines Geldwertes in das Kontokorrent als erster Saldo zustande. Weitere bare oder bargeldlose Einzahlungen seitens des Kunden bilden nach dem Willen der Parteien mit dessen erster Geldleistung ein einheitliches Ganzes. Aus dem Zweck des Kontokorrentvertrags ergibt

[8]) Fälle der genannten Art sind vom RG. noch nicht entschieden. In richtiger Erkenntnis der Unhaltbarkeit eines abweichenden Ergebnisses kommt ein Teil der Literatur — insbesondere die jüdischen Kommentatoren — zu dem hier aufgezeigten Resultat, wenn auch unter m. E. offensichtlicher Verleugnung ihres grundsätzlichen Standpunktes (vgl. zu diesem Widerspruch insbes. Krapf S. 159--160).

[9]) Greber S. 92. Das RG. lehnt m. E. zu Unrecht das Vorliegen eines Kontokorrentvertrages überhaupt ab, wenn das Hauptbuchungsblatt in Form des Staffelkontokorrents — nach jeder Buchung erscheint der Saldo — geführt wird (vgl. RGZ. 123, 386 = JW. 1929, 1392[26]).

[10]) Hierauf weist auch Krapf m. E. zutreffend hin (vgl. S. 37, 38).

[11]) Krapf S. 37.

sich ferner, daß Forderungen des Kunden an die Bank unter Umwandlung in Darlehensforderung mit dem Guthabensaldo des ersteren zu einer Einheit verschmolzen werden. Diese Umwandlung erfolgt im Wege der Novation[12]). Bare oder bargeldlose Auszahlungen seitens der Bank werden auf die Guthabenforderung des Kunden verrechnet, erfolgen also solvendi causa; Forderungen der Bank kommen hiergegen zur Aufrechnung. Hat umgekehrt die Bank ein Guthaben, steht also der Kunde im Debet, dann erwachsen durch deren Bar- oder bargeldlose Auszahlungen in gleicher Weise wie durch Einzahlungen des Kunden Darlehensforderungen, die ebenso wie im obigen Falle mit dem ursprünglichen Saldoanspruch zu einem rechtlich einheitlichen Ganzen verbunden werden. Nicht anders als oben erfolgen auch die Geldleistungen des Kunden zum Zwecke der Erfüllung seiner Saldoschuld. Seine Forderungen werden mit demselben Ziel gegen die Saldoforderung der Bank zur Aufrechnung gestellt.

Die übereinstimmenden Verrechnungserklärungen werden unabhängig von der Einstellung des kontokorrentpflichtigen Postens in das Buchungsblatt abgegeben. Sie liegen, wie bereits angedeutet, meist darin, daß der Geschäftsfreund einer ihm zugegangenen Last- oder Gutschriftsanzeige der Bank, die von dieser üblicherweise erteilt werden, nicht widerspricht, daß er weiter wegen des Kontostandes bei der Bank Nachfrage hält und sich gegebenenfalls bei dieser Gelegenheit zweifelhafte Posten von dem Bankbeamten nach Grund und Betrag auseinandersetzen läßt.

Geht so der Kontokorrentvertrag auf laufende Verrechnung, dann kann auch dem Anerkenntnis nicht die forderungsbegründende Bedeutung beigelegt werden, die ihm die h. M. zuspricht. Im Rahmen des Saldokontokorrents kann es sich vielmehr nur um ein für die Parteien keinesfalls wertloses, aber immerhin gewöhnliches Anerkenntnis mit der ausschließlichen Wirkung des § 781 BGB. handeln. Die hierdurch erzeugte abstrakte Forderung kann die Geltendmachung des Saldos nicht unerheblich erleichtern.

Weil erst der periodische Geschäftsabschluß nach h. M. die Verrechnung bringt, muß diese auch zu der wenig verlockenden, zu I. aufgezeigten Konstruktion der verhältnismäßigen Aufrechnung ihre Zuflucht nehmen. Auf der Überschußseite sollen so viele Forderungen und Leistungsbuchteile übrigbleiben, wie Forderungen und Leistungen ursprünglich an dieser Stelle gebucht waren. Sollte es wirklich dem Parteiwillen entsprechen, ein einmal während laufender Verrechnung zurückgezahltes Guthaben nicht als erledigt zu betrachten, es vielmehr als „Rechnungsfaktor“ bis zum späteren Rechnungsabschluß rechtlich unberührt zu lassen, um ihm nach erfolgter Verrechnung noch ein, wenn auch nur kurzfristiges Dasein zu gewähren? Ich möchte nicht daran zweifeln, daß der Kaufmann derartigen Gedankengängen nur schwer zugänglich ist. M. E. trägt die verhältnismäßige Aufrechnung mehr den Charakter einer Fiktion als den einer wirklich gewollten Parteihandlung. Hier muß schon der h. M. „juristische Abstraktion“, wie es das RG. in mehreren Entscheidungen nennt[13]), zum Vorwurf gemacht werden.

Um jedenfalls dem unerfreulichen unmittelbaren Ergebnis der Verrechnung, der Vielzahl von Forderungsresten, ein schnelles Ende zu bereiten, hat sich die h. M., wenn auch nicht ohne Zögern, bereit gefunden, die Restposten durch Novation und die damit verbundene Umwandlung in eine einheitliche Forderung verschwinden zu lassen. Die hierzu erforderlichen Parteierklärungen werden nach ihrer Ansicht stillschweigend gleichzeitig mit dem vertragsmäßigen Anerkenntnis abgegeben: Ein wirtschaftlich wenigstens vom grundsätzlichen Standpunkt der h. M. aus zweifellos richtiges und billiges Ergebnis, da es allein dem kaufmännischen, gerade von dem Kontokorrent verfolgten Streben nach Vereinfachung der gegenseitigen Beziehungen entgegenkommt. Ob es aber als logische Konsequenz aus der vorhergehenden Gedankenführung hieb- und stichfest ist, muß bezweifelt werden. Wenn die h. M. schon zugibt, daß die verhältnismäßige Aufrechnung eine abstrakte, dem Parteiwillen also überhaupt nicht nahestehende Schlußfolgerung ist, dann kann deren Ergebnis, die Vielzahl von Restposten, kaum Gegenstand eines Rechtsgeschäftes, hier einer Novation, sein. Wessen die Parteien sich nicht einmal stillschweigend bewußt sind, darüber kann von ihnen auch rechtsgeschäftlich nicht verfügt werden. Nur hieraus ist es zu erklären, wenn das RG. in neueren Entscheidungen gegen die Annahme einer Novation Bedenken äußert oder zumindest ihre Richtigkeit dahingestellt sein läßt[14]). Die Lehre vom Saldokontokorrent läßt auch diese Schwierigkeiten am Wege liegen. Es besteht zu jedem Zeitpunkt ein einziger, auf einheitlichem Rechtsgrund beruhender Saldo, der nur insoweit durch Novation zur Entstehung kommt, als eine Forderung einem Guthaben zugerechnet worden ist. Dieser Akt der Forderungsumwandlung läßt sich zwanglos im Anschluß an eine konkrete Verrechnungshandlung aus dem grundlegenden Willen der Parteien herleiten, nur die eine Saldoforderung der einheitlich gearteten causa unter sich bestehen zu lassen.

Die gegenüber einer Saldoforderung des anderen Teils aufgerechneten Ansprüche werden beim Saldokontokorrent mit der Aufrechnung erfüllt und erlöschen. Sie sind aus diesem Grunde nicht mehr abtretbar, verpfändbar oder pfändbar, nicht, wie die h. M. meint, aus dem Grunde, weil sie durch ihre Zweckbestimmung im Kontokorrentnexus befangen bleiben müßten.

Für die Behandlung klagloser Forderungen aus Börsentermingeschäften (§§ 54—56 BörsG.) ergibt sich hieraus folgendes: Tätigt B (Bank) mit A (Geschäftsfreund) klaglose Börsentermingeschäfte, die für A mit einem Gewinn von 100 000 RM und einem Verlust von 90 000 RM abschließen, wird dem A von B ferner ein Darlehen von 60 000 RM gewährt, dann hat das Konto des ersteren folgendes (hier der Einfachheit halber schematisiertes) Aussehen:

Konto A

Soll	Haben
90 000.—	100 000.—
60 000.—	50 000.— Saldo
150 000.—	150 000.—

Betrachtet man diese Geschäftsvorfälle vom Standpunkt des Saldokontokorrents, dann ergibt sich, daß die ursprünglich für A bestehende Guthabenforderung zunächst durch vertragsmäßige Aufrechnung mit einer Gegenforderung der Bank in Höhe von 90 000 RM bis auf 10 000 RM verrechnet und insoweit erloschen ist. Die Erfüllung und damit die Tilgung dieser Restforderung erfolgt durch vertragsmäßige Aufrechnung gegenüber dem Darlehensanspruch, der nunmehr als Saldo noch in Höhe von 50 000 RM fortbesteht. Dieser unterliegt auch nicht zu einem Teilbetrag der Kondiktion, da klaglose Verpflichtungen wirksam erfüllt werden können, ihre Erfüllung hier aber bereits stattgefunden hat. Die h. M. muß zu einem entgegengesetzten Ergebnis gelangen. Aus dem Grundsatz der verhältnismäßigen Aufrechnung folgt, daß im vorliegenden Beispiel die einzelnen Forderungen der größeren Sollseite nur im Verhältnis von 100 00 : 150 000 = 2 : 3 getilgt worden sind, diejenige von 90 000 RM also in Höhe von 60 000 RM, die zum Betrage von 60 000 RM in Höhe von 40 000 RM. Nur insoweit ist nach h. M. auch eine Rückforderung des Anerkenntnisses nach Kondiktionsgrundsätzen ausgeschlossen. Da der Saldo aber u. a. aus dem Rest einer klaglosen Forderung von 30 000 RM besteht, das Anerkenntnis zudem keine wirksame Erfüllung unverbindlicher Ansprüche zur Folge hat, kann es in Höhe von 30 000 RM kondiziert werden[15]). Dieses Ergebnis ist im höchsten Grade unbillig. Auch der überwiegende Teil der h. M., insbesondere aber auch das RG. haben sich dieser Erkenntnis nicht verschlossen.

[12]) And. Ans. Krapf, der davon ausgeht, daß auf die Saldoforderung nur Leistungen des einen oder anderen Teils verrechnet werden könnten und daher die gebuchten Posten in „fingiert bare Einzahlungen“ des Kunden bzw. „fingiert bare Auszahlungen“ der Bank umdeutet.

[13]) RGZ. 76, 334 = JW. 1911, 722; RGZ. 87, 437 = JW. 1916, 407.

[14]) HöchstRRspr. 1928, 1219; JW. 1933, 2826.

[15]) So RGZ. 56, 19; 59, 192.

Unser oberster Gerichtshof hat daher, wenn auch erst nach mehrfacher Billigung des obigen Ergebnisses, folgenden Ausweg beschritten: Die in dem Anerkenntnis liegende Aufrechnung sei seitens der Bank in sinngemäßer Anwendung der §§ 157, 242 BGB. unter der stillschweigenden auflösenden Bedingung erfolgt, daß der Gegner die auf beiden Kontoseiten stehenden unverbindlichen Forderungen als wirksam anerkenne und hiermit auf eine etwaige Rückforderung des Anerkenntnisses verzichte. Mit der Geltendmachung der letzteren sei die auflösende Bedingung eingetreten, was zur Folge habe, daß die Verrechnung der klaglosen Posten als überhaupt nicht geschehen anzusehen sei, daß diese also in ihrer Gesamtheit aus dem Kontokorrentverhältnis auszuscheiden hätten[16]). Nach dieser Ansicht verbleibt also bei Verrechnung der klaglosen Forderungen außerhalb des Kontokorrents für A ein Überschuß in Höhe von 10000 RM, dessen Zahlung B verweigern kann. Aus dem Kontokorrentverhältnis dagegen steht B eine Saldoforderung von 60000 RM zu. Diese Lösung schlägt m. E. ins andere Extrem, weil sie im vorliegenden Fall unbillig das Interesse des Kunden verletzt. Sie kann sich aber auch, wenn z. B. nach Verrechnung der Börsentermingeschäfte ein Schuldsaldo zuungunsten B's besteht, ebenso zum Nachteil der Bank auswirken. Dieses Ergebnis muß m. E. gerade vom Standpunkt einer zweckentsprechenden Auslegung des Parteiwillens als unrichtig und mehr oder weniger willkürlich bezeichnet werden. Man bedenke doch, daß die Parteien im Laufe einer Rechnungsperiode mannigfach Gelegenheit nehmen, die Einstellung einer klaglosen Forderung ins Kontokorrent gutzuheißen oder sonst zu der Buchung des anderen Teils Stellung zu nehmen. Wenn bei allen möglichen Anlässen während laufender Kontokorrentperiode kein Widerspruch seitens des Kunden gegen die Verrechnung der klaglosen Posten erhoben worden ist, dann muß sich die Bank m. E. auch unbedingt bei der oft hierin liegenden Billigung beruhigen dürfen. Durch eine derartige Regelung wird auch dem Schutzzweck der §§ 53 ff. BörsG. in keiner Weise Abbruch getan. Um diesen unerwünschten Folgen aus dem Wege zu gehen, haben die Banken in ihre Geschäftsbedingungen fast ausnahmslos eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen, daß bei der periodischen Verrechnung die aus Börsentermingeschäften herrührenden Posten zuerst gegeneinander aufgerechnet werden, und daß der alsdann noch verbleibende Saldo aus letzteren in erster Linie bei der weiteren Verrechnung getilgt werden soll[17]). Auf diesem Umweg ergibt sich das gleiche, was aus der grundsätzlichen Einstellung des Staffelkontokorrents von selbst hervorgeht. M. E. muß es auch bei der oben bezeichneten Begründung des RG. den Anschein haben, als ob der von ihm bei der Bank als stillschweigend vorausgesetzte Geschäftswille auf „juristischer Abstraktion" — richtiger Fiktion — beruhe, worüber die Berufung auf die §§ 157, 242 BGB. nicht hinwegtäuschen darf.

Die Verrechnung kann im Einzelfall für bestimmte Forderungen trotz deren Buchung im Kontokorrent ausgeschlossen werden. Dies geschieht denn auch in weitem Umfange u. a. durch die Bestimmung in den Geschäftsbedingungen der Banken, daß wechselmäßige Ansprüche ungeachtet der Einstellung sowohl den anderen Beteiligten als auch sonstigen wechselmäßig verpflichteten Personen gegenüber geltend gemacht werden können[18]).

Die Saldoforderung aus dem Staffelkontokorrent ist abtretbar, verpfändbar und, wie sich auch aus § 357 HGB. ergibt, auch pfändbar. Es bestehen keine Bedenken, die Übertragbarkeit zuzulassen, da der Saldogläubiger mit wirtschaftlich dem gleichen Erfolg auf andere Weise (durch Scheck, Anweisung usw.) zugunsten Dritter darüber verfügen könnte. Dem Saldoschuldner, der von der Abtretung nichts erfährt, bieten die §§ 404 ff. BGB. in jeder Beziehung hinreichenden Schutz. Insbesondere ist also die Saldoforderung als Gegenstand einer Sicherungsabtretung geeignet, wofür in gewissen Grenzen ein praktisches Bedürfnis bestehen mag. — Die h. M. räumt wenigstens überwiegend ein, daß § 357 HGB. die Pfändung des gegenwärtigen Saldos betrifft. Immerhin besteht hierüber in ihren Reihen noch ungelöster Streit[19]). Vom Standpunkt des Saldokontokorrents aus gesehen, kann dagegen kein Zweifel daran bestehen, daß nach der genannten Vorschrift die gegenwärtige Saldoforderung von der Pfändung ergriffen wird, was allerdings auch eine Pfändung des zukünftigen Saldos, die in § 357 HGB. angeordneten Vergünstigungen genießt, nicht ausschließt. — Eine Klage auf Zahlung des Saldobetrags während laufender Rechnung ist m. E. nicht zuzulassen. Sie entbehrt, wenn die Klageforderung sich im weiteren Verlauf des Rechtsstreites beliebig verändern kann, der notwendigen Bestimmtheit, weshalb für sie nur nach Beendigung des Kontokorrentverhältnisses Raum ist. Auch wird sie überhaupt nur dann praktisch in Frage kommen können.

V. Verhältnis der gesetzlichen Regelung des Kontokorrents zur Auffassung vom Staffelkontokorrent

Es ist nun nicht zu verkennen, daß bei der Schaffung der spärlichen Kontokorrentvorschriften der §§ 355—357 HGB. die Ansicht der h. M. vom Kontokorrent dem Gesetzgeber vorgeschwebt hat. Es ergibt sich dies wohl zweifelsfrei aus der Denkschrift zum HGB., in der an mehreren Stellen auf die bisherige Rechtsprechung des ROHG. Bezug genommen wird, wie auch schon daraus, daß bei Abfassung der einschlägigen Vorschriften eine abweichende Meinung noch gar nicht ernstlich laut geworden war[20]). Auch im Gesetz selbst kommt dies zum Ausdruck.

Wenn es in § 356 HGB. heißt, daß „der Gläubiger durch die Anerkennung des Rechnungsabschlusses nicht gehindert wird, aus der (für eine einzelne Forderung bestellte) Sicherheit insofern Befriedigung zu suchen, als sein Guthaben aus der laufenden Rechnung und die Forderung sich decken", so kann hieraus gefolgert werden, daß erst durch die Anerkennung die Saldoforderung zur Entstehung kommen soll, für welche die ursprünglich bestellte Sicherheit weiter besteht.

Die in den Vorschriften der §§ 355, 356 HGB. festgesetzten Wirkungen des Kontokorrents sind die einzigen, welche sich nicht auch aus dem Wesen des Staffelkontokorrents ergeben. Erste Voraussetzung für ihre mindestens analoge Anwendbarkeit auf letzteres ist, daß man das Staffelkontokorrent überhaupt als echtes Kontokorrent anerkennt. Das RG. hat dies ohne nähere Begründung abgelehnt[21]). M. E. ergibt sich die Notwendigkeit der Anerkennung schon daraus, daß das Staffelkontokorrent genau den gleichen Zweck verfolgt und auf genau den gleichen wirtschaftlichen und tatsächlichen Grundlagen beruht wie die vom Gesetz sanktionierte Rechtsform. Es handelt sich in beiden Fällen darum, sämtliche Beziehungen aus einer Geschäftsverbindung der Parteien in wesentlich vereinfachter Form zu regeln[22]). Beide zielen auf die Begründung einer auf einheitlichem Rechtsgrund beruhenden Saldoforderung als Ergebnis einer Verrechnung hin. Daß deren Entstehungszeitpunkt in beiden Fällen abweicht, ist der wohl einzige Unterschied zwischen den genannten Kontokorrentarten; daß sich aus dieser Abweichung für das Staffelkontokorrent, wie oben ausgeführt, m. E. im Verhältnis zur Ansicht der h. M. nur vorteilhafte praktische Folgerungen ergeben, dürfte wohl überzeugend für eine Anerkennung des Staffelkonto-

---

[16]) RGZ. 132, 218 = JW. 1931, 2429; RGZ. 140, 345 = JW. 1933, 1829; RGZ. 144, 311 = JW. 1934, 2130.

[17]) Koch-Schütz, „Bankgeschäftliches Formularbuch", 1936, S. 67; BankArch. 30, 230; RGZ. 144, 311 = JW. 1934, 2130.

[18]) And. Ans. Krapf für den wechselmäßigen Rückgriffsanspruch der Bank nach Belastung des Kunden, da mit letzterem Akt die Verrechnung erfolge, der Wechselanspruch also untergegangen sei (vgl. a. a. O. S. 157). M. E. steht jedoch nichts entgegen, eine Abweichung von der Regel auf Grund Parteiabrede zuzulassen.

[19]) Pfändung der gegenwärtigen Saldoforderung: Müller-Erzbach, „Lehrbuch des Handelsrechts", S. 655 u. Greber, „Das Kontokorrent": GrünhutsZ. 37, 227. Für die Pfändung der zukünftigen Forderung treten insbesondere die bekannten jüdischen Kommentatoren ein.

[20]) Denkschrift II, S. 214—215.

[21]) RGZ. 123, 386 = JW. 1929, 1873.

[22]) Denkschrift S. 198.

korrents und für die Anwendbarkeit der gesetzlichen Vorschriften sprechen.

Im letzten Grunde hängt die Entscheidung für oder gegen die Auffassung vom Staffelkontokorrent von der Klärung einer Frage ab, die wesentlich tatsächlicher Natur ist, da es maßgeblich auf die Feststellung ankommt: worauf ist der Parteiwille bei Abschluß des Kontokorrentvertrags gerichtet? In diesem Rahmen bleibt für beide Kontokorrentarten Raum, da der Wille der Parteien hier freie Wahl hat. Mangels eines ausdrücklichen Anhaltspunktes in der einen oder anderen Richtung wird man jedoch immer darauf angewiesen sein, die rechtliche Qualifikation nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmen, da diese dem im Geschäftsleben stehenden Kaufmann stets am nächsten liegen werden. Von dieser Warte aus gesehen, will es mir nicht zweifelhaft erscheinen, daß einem rechnerischen Überschuß während laufender Kontokorrentperiode im Sinne des Staffelkontokorrents auch rechtlich der Charakter einer Forderung für den Gläubiger des Guthabens beizumessen ist. Hiernach muß also m. E. die Entscheidung im Zweifel zugunsten des Staffelkontokorrents ausfallen. Ich bin nicht zuletzt durch das Ergebnis vielfacher Unterredungen mit Personen, welche ihr Beruf mit den einschlägigen Fragen in Berührung bringt, in dieser Ansicht bestärkt worden. Ich mußte mit zunächst nicht geringem Erstaunen feststellen, daß der praktische Kaufmann mit ziemlicher Verständnislosigkeit, wenn nicht gar mit Ablehnung, den bis dahin meist unbekannten und insbesondere konstruktiven Gedankengängen der h. M. gegenübersteht. M. E. kann der Grund hierin nur in der mangelnden Berücksichtigung praktisch wirtschaftlicher Gesichtspunkte durch die h. M. gefunden werden.

Streitverfahren oder ordnendes Verfahren?

Ein Wort für den Zivilprozeß

Von Rechtsanwalt und Notar Dr. Hermann Roquette, Königsberg i. Pr.

1. „Ende des Zivilprozesses?“

Es ist oft und viel gegen den Zivilprozeß gesagt und geschrieben worden. Manches hat seine Berechtigung gehabt und auch seine Erfüllung gefunden, manches schoß über das Ziel hinaus und konnte nicht verwirklicht werden. Alles aber diente lediglich dem einen Ziele: Der *Verbesserung des Verfahrens*. Jetzt ist *ein neues Stadium der Kritik* erreicht. Man begnügt sich nicht mehr mit Vorschlägen zur Verbesserung des Verfahrens, vielmehr wird jetzt glattweg die *Abschaffung des Zivilprozesses* gefordert.

Der Aufruf zur Beseitigung des Zivilprozesses geht aus von *Baumbach*, dem bekannten Kommentator der ZPO. *Baumbach* hat in der AkadZ. 1938, 583 unter dem Titel „Zivilprozeß und freiwillige Gerichtsbarkeit“ einen Aufsatz veröffentlicht, in dem er mit großem Geschütz gegen den Zivilprozeß zu Felde zieht. Er bezeichnet ihn als unzweckmäßig und unzeitgemäß und behauptet, daß er mit nationalsozialistischen Auffassungen in Widerspruch stände. Die Gedanken der neuen Weltanschauung forderten seiner Meinung nach zwingend seine Beseitigung. Man müsse auch auf dem Gebiete des Verfahrens in Zivilsachen zur Vereinheitlichung schreiten. Es sei nicht erforderlich, daß auf diesem Gebiet zwei Verfahrensarten beständen, ein streitiges Verfahren und ein freiwilliges Verfahren. Es müsse angestrebt werden, ein einheitliches Verfahren für alle Zivilsachen zu schaffen. Dieses solle man dann „ordnendes Verfahren“ nennen.

Baumbachs Forderung nach Abschaffung des Zivilprozesses ist auch bereits in die Tagespresse gekommen, die über diesen Aufsatz berichtet hat. Man muß sagen: leider. Denn nur zu leicht wird das, was nur die Meinungsäußerung eines einzelnen Kommentators in der Fachpresse ist und in Fachkreisen auch nur so gewertet wird, durch Wiedergabe in der Tagespresse in der Vorstellung des sachunkundigen Lesers zu einer offiziellen Meinungsäußerung. Es ist auch nicht zweckmäßig, daß sich die Allgemeinheit schon mit einem Problem beschäftigt, zu dem das Fachschrifttum noch nicht hat Stellung nehmen können.

Die Ausführungen *Baumbachs* haben schon sehr rasch nach ihrem Erscheinen eine scharfe Ablehnung aus den Kreisen der Praxis erfahren. Schon in dem auf den Aufsatz von *Baumbach* folgenden Heft der AkadZ. hat AGR. Dr. *Bull* in Lübben das Wort zur Erwiderung ergriffen (AkadZ. 1938, 629) und sich mit allem Nachdruck für die Beibehaltung des Zivilprozesses eingesetzt. Er stellt die Frage: „Ende des Zivilprozesses?“ und kommt nach eingehenden Darlegungen, in denen er alle Beweisgründe *Baumbachs* schlagend widerlegt, zu einer Verneinung dieser Frage. Wer in der täglichen Praxis des Zivilprozesses steht, wird aus seiner Erfahrung heraus die Ausführungen von *Bull* bestätigen müssen. Schade nur, daß die Tagespresse von diesem Aufsatz keine Notiz genommen hat.

Es muß auch hier mit allem Nachdruck gesagt werden: *Das Ende des Zivilprozesses ist noch nicht gekommen.* Wir brauchen dieses Verfahren auch in Zukunft, und es trifft nicht zu, daß es veraltet und den heutigen Anschauungen widersprechend sei. Es mag in manchen Dingen verbesserungsbedürftig sein, aber seine Abschaffung wäre nicht zu rechtfertigen.

2. Abneigung des Gesetzgebers gegen den Zivilprozeß?

Bull weist in seiner Erwiderung einleitend darauf hin, daß „trotz der Güte und des Umfanges der ZPO. das von ihr geregelte Verfahren denkbar unbeliebt sei, und zwar insbesondere beim Gesetzgeber“. Er erinnert an die neuen und höchst bedeutsamen Aufgaben, die das Gesetz in letzter Zeit den Gerichten zugewiesen hat, und stellt fest, daß keines dieser Gesetze das Verfahren nach der ZPO. regele, sondern immer nur nach dem FGG., so die Moratoriumsgesetze, das Gesetz über die Hypothekenzinsen, das Schuldenregelungsgesetz, die Erbhofverfahrensordnung, die Verordnung zur Sicherung der Landbewirtschaftung, das Gesetz über die Vereinigung alter Schulden usw. Und auch *Baumbachs* Ausgangspunkt ist die Feststellung, daß die neuere Gesetzgebung dazu neigt, den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu erweitern.

Trotzdem teile ich die Auffassung nicht, daß diese Ausdehnung der freiwilligen Gerichtsbarkeit einen Schluß auf die Güte des Zivilprozeßverfahrens zulasse. Denn sie ist nicht auf Kosten des Verfahrens der ZPO. erfolgt. Weder der Streit über die Höhe der Hypothekenzinsen, noch die Entscheidung über die Gewährung von Ratenzahlungen auf gekündigte Hypotheken, weder die Regelung alter Schulden noch die mit der Sicherung der Landbewirtschaftung zusammenhängenden Fragen eignen sich für ein ordentliches Prozeßverfahren. Es handelt sich da um die Neuordnung gewisser Rechtsverhältnisse, deren Regelung im Wege der Vereinbarung unter den Beteiligten nicht zu erzielen ist. Die Vertragshilfe des Richters wäre in einem Streitverfahren nicht denkbar, jedenfalls aber unzweckmäßig. Dagegen muß festgestellt werden, daß *der Gesetzgeber das ordentliche Prozeßverfahren gerade in letzter Zeit erheblich verstärkt und erweitert hat.* Er hätte Gelegenheit gehabt, in den hier gedachten Fällen an Stelle des Streitverfahrens das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit einzuführen; Vorschläge hierzu lagen von beachtlicher Seite vor. Daß er es nicht getan hat, beweist, welchen Wert er selbst dem ordentlichen Streitverfahren beimißt. Ich erinnere hier an die Ehenichtigkeitsklage des Staatsanwalts,

die durch das EhemißbrauchsG. v. 23. Nov. 1933 eingeführt war und jetzt durch §§ 23, 28 EheG. übernommen ist, ferner an die Unehelichkeitsfeststellungsklage des Art. II § 2 EhemißbrG., die ebenfalls in § 29 Abs. 3 EheG. übernommen ist. Es ist weiter daran zu erinnern, daß das EheG. — entgegen vielfachen Vorschlägen — die Aufhebung und Scheidung der Ehe nur im Wege der Klage vor den ordentlichen Gerichten zuläßt und dieses Verfahren gegenüber dem früheren Rechtszustand noch erheblich verstärkt hat. Auch die Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes gemäß §§ 1591 ff. BGB. hat eine erhebliche Verstärkung erfahren. Wenn es richtig wäre, was Baumbach sagt, daß es sich hier um unzweifelhafte Fälle freiwilliger Gerichtsbarkeit handelt, dann hätte für den Gesetzgeber Anlaß vorgelegen, für diese Fälle das ordentliche Streitverfahren abzuschaffen und durch das Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu ersetzen. Wenn der Gesetzgeber es nicht getan hat, so müssen gewichtige Gründe vorgelegen haben, in diesen Dingen, die für die Volksgemeinschaft von grundlegender Bedeutung sind (Ehesachen, Familienstandssachen), die Rechtsgestaltung durch richterliches Urteil vornehmen zu lassen anstatt durch einfachen Beschluß, und zwar nach streitigem Verfahren und nach den Grundsätzen der Mündlichkeit sowie der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. Offenbar ist der Gesetzgeber im Gegensatz zu Baumbach der Meinung gewesen, daß das Streitverfahren größere Garantien für die Richtigkeit der Entscheidung bietet. Und schließlich muß noch auf den Vorspruch des Gesetzes zur Änderung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten v. 27. Okt. 1933 hingewiesen werden: In diesem hat der Gesetzgeber seine Stellung zum Zivilprozeß klar und deutlich herausgestellt und sich offensichtlich zu diesem Verfahren bekannt. Von einer Abneigung ist darin nichts zu erkennen.

Alles das muß zu denken geben: Sollte wirklich der nationalsozialistische Gesetzgeber ein Verfahren ausgebaut und verstärkt haben, das mit nationalsozialistischen Grundsätzen und mit den Gedanken der neuen Weltanschauung unvereinbar wäre? Und sollte es wirklich möglich sein, daß der Gesetzgeber heute etwas aufbaut, was er morgen aus dem Wesen des Nationalsozialismus heraus selbst verwerfen muß? Diese Fragen stellen, heißt schon sie verneinen.

3. Die Stellung des Richters im Zivilprozeß

Die Ordnung des Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist ein Spiegelbild der jeweiligen weltanschaulichen Begründung des Staatsgedankens. Der Idee des liberalen Staates entsprach die Stellung des Richters, die die ZPO. von 1877 ihm zuwies: Der Richter hatte sich im wesentlichen passiv zu verhalten, vor ihm sollte sich im freien Spiel der Kräfte der Streit der Parteien vollziehen, ihm lag nur die Aufgabe ob, die Entscheidung zu treffen. Der Änderung in der weltanschaulichen Begründung des Staatsgedankens folgte auch eine Änderung in der Stellung des Richters im Zivilprozeß. Es ist hier nicht der Platz, dies im einzelnen auszuführen, es mag genügen, auf Jonas, „ZPO.“, 16. Aufl., Einl. §§ 5 und 6 und auf Jonas: JW. 1927, 345 zu verweisen. Der Idee des nationalsozialistischen Staates konnte die Rolle, die der Richter nach der bisherigen Staatsauffassung im Zivilprozeß hatte, nicht mehr entsprechen. Es war deshalb eine Selbstverständlichkeit, daß die ZPO.-Novelle von 1933 die Stellung des Richters im Verfahren grundlegend änderte: Der Richter sollte nicht mehr bloß Zuschauer im Streit der Parteien sein, er wurde zum Herrn des Verfahrens gemacht.

Der Zusammenhang zwischen der Änderung der weltanschaulichen Begründung des Staatsgedankens und der Stellung des Richters im Rechtsstreit mag Baumbach vorgeschwebt haben, als er die Ersetzung des Verhandlungsgrundsatzes durch den Grundsatz des Amtsbetriebes und der völligen Freistellung des Richters bei der Wahrheitsermittelung forderte. Aber von der „Konzentrationsmaxime“ bis zum Amtsprinzip ist noch ein sehr weiter Schritt. Diesen zu tun, liegt kein Anlaß vor, und auch Baumbach ist den Beweis für die Notwendigkeit dieses Schrittes schuldig geblieben. Keineswegs wird dieser Schritt bedingt durch die Stellung, die der Richter nach nationalsozialistischer Auffassung im Verfahren des bürgerlichen Rechtsganges einnehmen soll.

4. Kein Kampf ums Recht mehr?

Baumbach mißfällt an unserem Streitverfahren, daß es grundsätzlich mit zwei feindlichen Parteien arbeitet, die sich als Kl. und Bekl. einander gegenübertreten und die „nur Zwang oder Gesittung hindern, mit dem Gewehr oder der Sense aufeinander loszugehen“, und er findet darin einen Widerspruch mit dem jetzt alles beherrschenden Gedanken der Volksgemeinschaft. Natürlich ist das Ideal der Volksgemeinschaft, alle Volksgenossen einander so nahe zu bringen, daß Streitigkeiten überhaupt nicht mehr vorkommen. Sollte dieser ideale Zustand einmal erreicht werden, dann benötigen wir überhaupt keine Gerichte mehr und dann erübrigt sich auch die Erörterung über die Zweckmäßigkeit eines Streitverfahrens oder eines ordnenden Verfahrens. Dieser Idealzustand wird aber nicht erreicht werden, und deshalb wird es auch immer Gerichte geben müssen, die über Rechtsstreitigkeiten unter den Volksgenossen zu richten haben. Es wird immer Streitigkeiten einzelner Volksgenossen untereinander geben. Wenn aber zwei sich streiten, sind sie eben Gegner, und da wäre es doch eine wirklichkeitsfremde Fiktion, wenn das Gesetz sie nicht als Gegner, als Streitteile betrachten, sondern sie als einander wohlgesinnte Volksgenossen behandeln wollte. Es muß schon einer Kl. und der andere Bekl. sein.

Es wäre auch nicht richtig, wenn die Rechtsordnung dem einzelnen Volksgenossen den Kampf um sein Recht verbieten wollte. Wohl gehören beide Streitteile als Glieder der gleichen Volksgemeinschaft an, aber die Volksgemeinschaft teilt ja jedem sein Recht zu, und da ist es ganz natürlich, daß sich Interessengegensätze herausbilden. Allein schon daraus können sich Streitigkeiten über die Rechtslage im Einzelfall ergeben. Es gibt aber auch böswillige Volksgenossen, die dem anderen das Recht nicht gönnen und es ihm streitig machen. Es muß in allen Fällen, wo Rechte bestritten oder Rechtspflichten nicht erfüllt werden, die Möglichkeit bestehen, um das Recht zu kämpfen. Dem steht der Gedanke der Volksgemeinschaft keineswegs entgegen. Der Kampf ums Recht setzt aber notwendigerweise zwei Parteien voraus.

Wenn Baumbach weiter sagt, diese Gegnerschaft im Prozeß sei oft nur zum Schein da, die Parteien lieferten sich oft nur einen Scheinkampf und führten den Staat und die Allgemeinheit an der Nase herum, so muß ich gestehen, daß dieses Schreckbild des Scheinprozesses mir in meiner langjährigen Praxis noch niemals zu Gesicht gekommen ist und es deshalb nicht den Grad der Häufigkeit haben kann, wie Baumbach es anzunehmen scheint. Wo in der Praxis es wirklich einmal auftauchen sollte, da kann es sich immer nur um einen Mißbrauch von staatlichen Behörden und von Rechtseinrichtungen handeln. Aus dem Mißbrauch einer Rechtseinrichtung kann aber doch unmöglich auf die Unzulänglichkeit dieser Rechtseinrichtung geschlossen und deshalb ihre Beseitigung gefordert werden! Es muß nur Vorsorge getroffen werden, daß Mißbräuche unterbleiben, und die ist getroffen.

Der Kampf ums Recht muß bleiben. Aus dem Gedanken der Volksgemeinschaft heraus kann er nicht verneint werden. Die Volksgemeinschaft hat aber daran Interesse, wie der Kampf ums Recht geführt wird. Gehen zwei Volksgenossen mit dem Gewehr oder der Sense aufeinander los, um einen Rechtsstreit zu entscheiden, so muß die Volksgemeinschaft diesen Kampf unbedingt mißbilligen. Wenn aber die Volksgenossen den Weg gehen, den das Gesetz für den Kampf ums Recht vorgesehen hat, dann handeln sie im Sinne der Volksgemeinschaft. Jeder Volksgenosse ist verpflichtet, den Kampf ums Recht in ehrbaren Formen zu führen. Es ist Sache des Richters, darüber zu wachen, daß die Ehrbarkeit des Streites der Parteien erhalten bleibt, er muß jedem Mißbrauch der gesetzlichen Formen durch böswillige Parteien entgegentreten. Zu diesem Zweck hat ihn das Gesetz zum Herrn des Verfahrens gemacht.

5. Richter oder Schlichter?

Baumbach sagt, Volksgenossen, die über ein Recht streiten, sollten nach nationalsozialistischer Auffassung „das Gericht nicht wie einen Unparteiischen bei einem Zweikampf anrufen, sondern als Ordner und Schlichter ihrer Uneinigkeit".

In der Regel ist es so, daß alle Vergleichsmöglichkeiten erschöpft sind, bevor jemand das Gericht anruft. In vielen Fällen gelingt es trotzdem dem Richter, noch nach Klageerhebung einen Vergleich herbeizuführen. Aber sehr viele Sachen eignen sich nun einmal nicht zu einer Schlichtung. Wer um sein Recht kämpft, will sein Recht erstreiten, er will sich nicht auf fade Kompromisse einlassen, er will ein Urteil haben, das ihm sein Recht verbrieft. Er will einen Rechtsspruch, keinen Schiedsspruch. Dazu ruft er das Gericht an. Es hieße das Amt der Richters verwässern, wenn man ihn nur als Schlichter, nicht mehr als Richter gelten lassen wollte. Das Amt des Richters ist nun einmal das Richten. Darin liegt seine hohe Aufgabe, zugleich aber auch sein scharfes Schwert. Wohl soll der Richter nichts unversucht lassen, um einen Streit zu schlichten. Aber seine alleinige Aufgabe darf das nicht sein. Dann würde ja jede Rechtsprechung wegfallen und mit ihr jede Rechtssicherheit. Dann wäre aber für den Rechtsbrecher eine glückliche Zeit gekommen, denn er könnte immer damit rechnen, daß bei einer Schlichtung für ihn etwas abfallen könnte.

6. Mittel und Zweck

Das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten bezweckt die Durchsetzung eines privatrechtlichen Anspruchs. Dem Zweck muß das Verfahren angepaßt sein. Das Gesetz hat deshalb den Verhandlungsgrundsatz zur Grundlage des Verfahrens gemacht. Dieser allein wird der Eigenart der privatrechtlichen Ansprüche gerecht. Er ist auch nach heutiger Auffassung keineswegs als überholt zu bezeichnen.

Die Eigenart des privatrechtlichen Anspruchs liegt in der Verfügungsmöglichkeit begründet. Es ist dem freien Belieben des Berechtigten überlassen, den Anspruch geltend zu machen, auf ihn zu verzichten oder ihn zu übertragen. In seinem Belieben liegt es auch, ob er Einwendungen oder Einreden gegen eine ihm obliegende Verpflichtung geltend machen will. Macht er sie nicht geltend, so bleiben sie unberücksichtigt, und die Verpflichtung muß im Urteil festgestellt werden. So kann ein Anspruch, der verjährt ist, erfüllt werden, wenn die Verjährungseinrede nicht geltend gemacht wird. Dieser materiellen Rechtslage muß auch das Verfahrensrecht Rechnung tragen: Gegenüber der Klage muß der Verpflichtete die Verjährungseinrede in dem Prozeß geltend machen, andernfalls bleibt sie bei der Entscheidung unberücksichtigt. Der Verhandlungsgrundsatz sichert so die freie Entschließung des Berechtigten über sein Recht und über die Verteidigungsmöglichkeiten des Verpflichteten gegenüber dem Anspruch. Andererseits stellt er das Gericht frei von der Notwendigkeit, alle möglichen Einwände gegenüber dem eingeklagten Recht zu erörtern und über sie Beweis zu erheben, die vielleicht von den Parteien gar nicht geltend gemacht werden sollen.

Unterläßt es eine Partei, Tatsachen vorzutragen, die für ihren Rechtsstandpunkt entscheidend sind oder sein könnten, und erleidet sie dadurch einen Rechtsnachteil, so hat sie sich dieses selbst zuzuschreiben. Das Gericht kann nicht dazu da sein, die Rechte der Streitteile zu wahren. Beruht dann das Urteil auf einem unrichtigen Sachverhalt, so muß die säumige Partei sich dieses ebenfalls selbst zuschreiben. Die Entscheidung im Zivilprozeß braucht nicht immer den wirklichen Sachverhalt zur Grundlage zu haben. Für die Allgemeinheit ist es belanglos, ob der richtige Sachverhalt dem Urteil zugrunde liegt. Die Volksgemeinschaft erleidet dadurch keinen Schaden, wenn ein unrichtiger Sachverhalt Urteilsgrundlage ist. Für sie ist das entscheidende Moment die Tatsache, daß der Parteienstreit durch das Urteil beendigt wird. Der Gedanke der Gerechtigkeit muß zwar grundsätzlich auch die zivilrechtlichen Entscheidungen beherrschen. Indessen läßt das Gesetz selbst die Möglichkeit zu, daß verspätetes Vorbringen der Parteien zurückgewiesen wird, selbst dann, wenn es für die Entscheidung ausschlaggebende Bedeutung haben könnte. Diese Möglichkeit, die im Interesse der Prozeßbeschleunigung geschaffen ist, beweist, daß im Einzelfall auch ein nicht zutreffender oder nicht vollständiger Sachverhalt Urteilsgrundlage sein kann. Das Gesetz sieht aber selbst diese Möglichkeit nur als Ausnahme an und lediglich als Rechtsnachteil bei säumiger Prozeßführung. In dieser Möglichkeit hat das Gesetz nur eine Aufforderung an die Parteien geschaffen, den Prozeß ordnungsmäßig zu führen.

Aus dem Verhandlungsgrundsatz ergibt sich die Notwendigkeit, daß das Gericht die Wahrheitsermittelung auf solche Punkte beschränkt, die zwischen den Parteien streitig sind. Das Gesetz geht dabei davon aus, daß Geständnis und Nichtbestreiten der Parteien stets dem wirklichen Sachverhalt entsprechen. Auch darin liegt eine Aufforderung an die Parteien, die Wahrheitspflicht zu erfüllen, da ihnen bei Nichterfüllung dieser Pflicht sachliche Rechtsnachteile drohen.

Der Amtsbetrieb kann die Aufgaben nicht erfüllen, die der Verhandlungsgrundsatz zu erfüllen hat und auch in der Praxis erfüllt. Wenn das Gericht an Geständnisse oder an Bestreiten der Parteien nicht gebunden wäre, müßte es über alle wesentlichen Tatsachen Beweis erheben, selbst wenn die Parteien von vornherein das Ergebnis der Beweisaufnahme kennen. Es müßte alle Einwendungen oder Einreden erforschen und auch über sie Beweis erheben. Kurz, das Gericht müßte Staatsanwalt in Zivilsachen sein. Dabei erhebt sich von vornherein die Frage, welche Mittel der Erforschung und welche Erkenntnisquellen dem Gericht zur Verfügung gestellt werden sollen. Praktisch käme es doch darauf hinaus, daß das Gericht auf den Sachvortrag der Parteien angewiesen wäre. Andererseits käme aber der Bekl. oder, wie Baumbach ihn nennen will, der Antragsgegner in eine angenehme Lage: Er brauchte keinen Finger zu rühren, er könnte alles an sich herankommen lassen, denn das Gericht müßte ja von Amts wegen alles feststellen, was in der Sache selbst wesentlich ist. Erleidet er dann trotz emsiger Tätigkeit des Gerichts einen Rechtsnachteil, weil es dem Gericht nicht gelungen ist, den Sachverhalt voll aufzuklären, so brauchte er sich selber keine Vorwürfe zu machen, sondern hätte allen Grund, über die Unzulänglichkeit des Gerichts sich zu beschweren.

Durch den Amtsbetrieb würden dem Gericht Aufgaben zugewiesen, die es eben einfach nicht haben kann und auch gar nicht erfüllen könnte. Ein Verfahren, das vom Amtsprinzip beherrscht wäre, würde dem Zweck des Verfahrens — Durchsetzung privatrechtlicher Ansprüche — gar nicht gerecht werden können.

7. Beschleunigung der Rechtspflege

Mit allen diesen Ausführungen ist das Thema noch lange nicht erschöpft. Es ließe sich noch viel sagen zu den von Baumbach skizzenhaft hingeworfenen Vorschlägen, so über die Hinzuziehung dritter Personen, das Verfahren über die dadurch brennend werdende Frage der Ausdehnung der materiellen Rechtskraft, über das Versäumnisverfahren, Rechtsmittel u. dgl. Es würde aber zu weit führen, alle diese Dinge hier zu erörtern. Nur eine Frage mag hier noch aufgeworfen werden, zu der Baumbach nicht Stellung genommen hat: Soll das „ordnende Verfahren" auch der Beschleunigung der Rechtspflege dienen? Ist es nicht im Gegenteil eine Verzögerung der Rechtspflege, wenn das Gericht z. B. bei Säumnis des Bekl. nicht ein Urteil fällen darf, sondern erst Ermittelungen anstellen und Beweise erheben muß? Die völlige Freistellung des Richters von allen verfahrensrechtlichen Bindungen dient sicher nicht der Beschleunigung, vor allem wenn man dem Gericht die Ermittelungspflicht noch aufbürden will. Die Parteien werden nicht hoffen können, durch das von Baumbach vorgeschlagene Verfahren schneller zu einer Entscheidung ihres Streits zu gelangen. Ich fürchte im Gegenteil, daß das Verfahren um ein Vielfaches verlängert werden würde. Dann würden die Parteien durch die Länge des Verfahrens ermüdet und zermürbt, und das Recht, der Gedanke der Gerechtigkeit, dem das Gericht zu dienen hat, käme dabei zu kurz.

Ceterum censeo: Der Zivilprozeß muß erhalten bleiben!

Schrifttum

Dr. Carl Heyland, a.o. Professor der Rechte an der Ludwigs-Universität Gießen, RA. und Notar in Frankfurt a. M., Mitglied des Ausschusses „Beamtenrecht" der Akademie für Deutsches Recht: Deutsches Beamtenrecht. Eine systematische Darstellung nach dem Stand v. 1. Juli 1938. Berlin 1938. Carl Heymanns Verlag. VIII, 388 S. Preis geb. 12 RM.

Die neuen Beamtengesetze, insbes. das DBG. und die RDStO., sind in der kurzen Zeit seit ihrem Erscheinen schon wiederholt in gründlichen Erläuterungswerken behandelt worden. Wir besitzen also bereits ein tiefgründiges und reichhaltiges Kommentarschrifttum zum neuen deutschen Beamtenrecht. Daß man trotz dieser Fülle des schon vorhandenen Schrifttums nicht Eulen nach Athen zu tragen braucht, wenn man sich in einem neuen Buch mit dem Beamtenrecht beschäftigt, wird in hervorragender Weise durch das hier angezeigte Werk von Heyland nachgewiesen. In ihm bietet sein Verf., der sich als Wissenschaftler wie als Praktiker, vor allem als Rechtsberater zahlreicher öffentlicher Dienstherren und Beamten, einen geachteten Namen erworben hat, die erste systematische Darstellung des gesamten neuen deutschen Beamtenrechts einschließlich der Nebengesetze. Wem es darauf ankommt, nicht nur die Antwort auf eine ihn konkret beschäftigende beamtenrechtliche Frage zu finden, sondern auch die Fähigkeit zu erwerben, aus innerer Vertrautheit mit den tragenden Rechtsgrundsätzen des Beamtenrechts auf diesem wichtigen rechtlichen Sondergebiet mitdenken und zu selbständigen Lösungen vorstoßen zu können, dem wird das Buch von Heyland ein unschätzbarer Helfer sein. In ihm wird das Wissen organisch ausgebreitet und auf der Grundlage der wichtigsten Fundamentalsätze des Beamtenrechts in leicht faßlicher, aber gründlich durchdachter Weise zu einem so wohlüberlegten einheitlichen System zusammengefügt, daß dem Benutzer des Buches mit der in ihm gebotenen klaren und zusammenfassenden Überschau ein vortreffliches Mittel zur geistigen Beherrschung dieses weitverzweigten Rechtsgebietes an die Hand gegeben wird. Das Buch ist somit für Lehrende und Lernende schlechthin das Lehrbuch des deutschen Beamtenrechts. Auch der sog. „fertige Jurist", der Dienstvorgesetzte von Beamten ebenso wie sein Personaldezernent und sein Justitiar und nicht zuletzt auch der mit Beamtenrecht befaßte Anwalt, wird dem Studium des Heylandschen Buches jene „Standortsicherheit" abgewinnen, ohne die jede Arbeit nur ein nervöses Raten oder Dilettieren ist. Dabei ist es ein besonderes Verdienst des Buches, daß es nicht nur die Oberflächlichkeit, sondern auch jedes nicht durch praktische Zwecke legitimierte Theoretisieren meidet. Soweit der Verf. den Geist der Wissenschaft beschwört, geschieht dies nur, um mit seiner Hilfe Probleme der Praxis zu meistern. Diese realistische Wissenschaftsauffassung ist in dem Buch von Heyland allerwärts spürbar. Daß durch sie der „geistigen Höhenlage" der gebrachten Ausführungen kein Abbruch geschieht, also keine Verflachung ihres Inhalts eintritt, zeigen z. B. die sorgsamen und gründlich durchdachten Ausführungen über die Rechtsnatur der Beamtenanstellung (S. 42 ff., bes. S. 44—47), sowie die Darlegungen über die Fehlerhaftigkeit der Begründung des Beamtenverhältnisses (S. 93 ff., bes. S. 98—103), die durch eine vertiefte Behandlung dieser Fragen z. T. eine verdienstvolle Bereicherung unserer wissenschaftlichen Erkenntnisse bedeuten; das gilt insbes. von den eigenständigen Erörterungen auf S. 103, in denen Heyland die m. E. zutreffende These aufstellt, daß die allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Ausfüllung von Lücken bei der Entscheidung der Frage nach der rechtlichen Bedeutung der Fehlerhaftigkeit von beamtenrechtlichen Verwaltungsakten heute nicht mehr aus den Vorschriften der §§ 119 ff. BGB., sondern aus den Vorschriften der §§ 32—34 DBG. zu entnehmen sind. Hier und an zahlreichen anderen Stellen des Buches zeigt Heyland, daß die tägliche Praxis mit ihren der Lebenswirklichkeit entstammenden Problemen für ein tiefgründiges, wissenschaftliches Denken einen weiten Entfaltungsraum bietet, so daß niemand genötigt ist, seine geistige Beweglichkeit und schöpferische Intelligenz an unwirklichen Pseudoproblemen zu erproben. Ein dem Leben und seinen Schwierigkeiten verantwortungsvoll verpflichtetes Denken findet im Alltag und seinen Problemen genügend Raum zur Bewährung. Das wird an dem Buch von Heyland in überzeugender Weise deutlich.

RA. Reuß, Berlin.

Handbuch des Arztrechts. Herausgegeben von Werner Liertz, Rechtsanwalt in Düsseldorf, und Dr. med. Hans Paffrath in Solingen, ao. Prof. an der Medizinischen Akademie in Düsseldorf. Düsseldorf 1938. Verlag L. Schwann. 572 S. Preis geb. 12,50 RM.

Das Werk gibt eine ausgezeichnete Gesamtdarstellung des Aufbaues und der Organisation der deutschen Ärzteschaft sowie der rechtlichen Grundlagen und Auswirkungen der Tätigkeit des einzelnen Arztes. Schon das Studium des elf Seiten umfassenden und genau und sorgfältig unterteilten Inhaltsverzeichnisses vermittelt eine fast lückenlose Übersicht über alle die Ärzteschaft und den Beruf des Arztes betreffenden Organisations- und Rechtsfragen. Der erste Abschnitt bringt nach einer Darstellung der Einrichtung und der Aufgaben der Reichsärztekammer und ihrer Untergliederungen und Verwaltungsstellen die der Stellung des einzelnen Arztes in der Volksgemeinschaft, der Voraussetzungen der Berufsausübung sowie der Möglichkeiten des Verlustes der Bestallung. Im dritten Unterabschnitt werden die öffentlich-rechtlichen Berufspflichten des Arztes erörtert, die Berufs- und Facharztordnung, die Berufsvergehen und deren Ahndung durch die Berufsgerichtsbarkeit, und die besonderen gesetzlichen Berufspflichten (insbes. Anzeige- und Meldepflichten, Mitwirkung bei der Erb- und Ehegesundheitspflege, Seuchenbekämpfung und Impfungen). Weiter noch die Bestimmungen über die Arzneiverschreibung und das Bereithalten von Betäubungsmitteln, die Leichensektion und die Versuche mit Tieren und Krankheitserregern. Der Unterabschnitt schließt mit der Schilderung der Stellung des Arztes als Sachverständiger und Gutachter und umreißt in einem Anhang in großen Zügen noch die Stellung des angestellten Arztes und des ärztlichen Beamten. Der zweite Abschnitt behandelt sodann unter der Überschrift „Arzt und Patient (Rechte und Pflichten des Arztes gegenüber dem Patienten)" die zahlreichen Rechts- und Zweifelsfragen, die bei der Ausübung der eigentlichen ärztlichen Tätigkeit entstehen, z. B. die rechtliche Natur des Arztvertrages, Art und Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht, Zulässigkeit von ärztlichen Eingriffen, insbes. von solchen ohne Einwilligung des Patienten, und Notwendigkeit, Bedeutung und Form dieser Einwilligung. Im zweiten Unterabschnitt wird die Haftung des Arztes und seiner Gehilfen aus nicht einwandfreier Diagnose und Therapie ausführlich dargestellt und anschließend das Gebührenrecht (Recht der ärztlichen Vergütung) behandelt. Der dritte Abschnitt (Der Arzt im Strafrecht) erörtert die Besonderheiten der Begehung bestimmter Straftaten durch Ärzte. Der vierte und letzte Abschnitt schildert den Aufbau und die Tätigkeit der Sozialversicherungsträger, der Kassenärztlichen Vereinigung Deutschlands, der Krankenkassen, und der Tätigkeit des Arztes in diesen Organisationen und Einrichtungen des öffentlichen Wohls und der Fürsorge. Mitbehandelt werden hier auch die Ersatzkassen, die Knappschaftliche Krankenversicherung und die Seekrankenkasse sowie die Unfallversicherung, die Reichsversorgung, die öffentliche Fürsorge und die ärztliche Versorgung von Hilfsbedürftigen, Kleinrentnern und Sozialrentnern, endlich auch die ärztliche Versorgung des Reichsarbeitsdienstes, Landjahr, Hitlerjugend, Hoch- und Fachschüler. Weggelassen ist das Kassenrecht der Zahnärzte. Ein ausführliches Sachregister erleichtert neben dem bis in alle Einzelheiten untergliederten Inhaltsverzeichnisses die praktische Benutzung des Werkes.

Das Handbuch gibt dem Arzt wie dem Rechtswahrer erheblich mehr als „eine bloße Übersicht und einen ersten Rat" (wie das Vorwort verspricht). Die Verf. haben vielmehr auf relativ geringem Raum neben einer Übersicht über alle einschlägigen Gebiete und Fragen eine recht eingehende Erörterung fast aller wichtigen Fragen gegeben. Das neuere Schrifttum und die neuere Rspr. sind hierbei weitgehend berücksichtigt und zitiert, wobei es als Vorzug erscheint, daß kein alter und überflüssiger Ballast mitgeschleppt wird. Im Gegensatz zu manchen anderen Werken erfreut das vorliegende den Benutzer auch durch die Größe, Deutlichkeit und Gliederung des Druckes und durch reichliche Verwendung von Fettdruck zur Hervorhebung besonders wichtiger Fragen. AGR. Dr. Kallfelz, Cottbus.

Das neue deutsche Reichsrecht. Ausgabe Österreich. Herausgegeben von StSekr. Hans Pfundtner und RA. Dr. Reinhard Neubert unter Mitwirkung von MinR. Dr. Medicus und Sektionschef der österr. Statthalterei Dr. Mannlicher. Loseblattsammlung. Berlin und Wien 1938. Industrieverlag Späth & Linde. Lieferungen 9 und 10, 210 und 298 Blatt Ergänzungen. (187 und 275 Blatt Gesetzestext und Erläuterungen.) Preis je Blatt 4 Rpf und Postgebühr.

War schon die Lieferung 8 der bekannten Sammlung im Zuge der fortschreitenden Rechtsvereinheitlichungen zwischen Österreich und dem Reich umfangreich und bedeutungsvoll, so stehen die nunmehr erschienenen Lieferungen 9 und 10 ihr nicht nach. Die Lieferung 9 vervollständigt die Sammlung unter Berücksichtigung des größten Teils der bis Anfang Oktober ergangenen Rechtsvorschriften. Aus dem Inhalt sind besonders zu erwähnen die bisher erlassenen Vorschriften über die Geschäftseinteilung der österreichischen Landesregierung und die 4. VO. z. BürgerG., durch die die Judenfrage auf dem Gebiete des ärztlichen Berufes geregelt worden ist.

Der Abschnitt „Rechtspflege" bringt den Führererlaß, der die Überleitung der Rechtspfleger in die allgemeine Justizverwaltung für Österreich anordnet, ferner die Einführung des REG, des EheG. v. 6. Juli 1938, des ArbOG. und die Vorschriften, denen zufolge Hoch- und Landesverrat nunmehr im ganzen Reichsgebiet einheitlich bestraft wird.

Die Lieferung 10 bringt die Sammlung auf den Stand von Anfang November. Hervorgehoben seien die Vorschriften, die im Zusammenhang mit der Einführung der Nürnberger Rassegesetzgebung notwendig wurden, die Bekanntmachung über den Kennkartenzwang für Juden, das WehrleistungsG. und die Vorschriften über den Luftschutz. Aus dem Abschnitt „Rechtspflege" bedürfen der Erwähnung die Einführung des Gesetzes über die Errichtung von Testamenten und Erbverträgen v. 31. Juli 1938, diejenigen Gesetze und Verordnungen, die der Regelung des Marktes für die landwirtschaftlichen Erzeugnisse dienen, die AuslandspreisVO. und der Führererlaß über die Erstreckung den Postsparkassenwesens auf das gesamte Reichsgebiet. D. S.

Dr. Alfred Ringer, Reichsuntergruppenwalter Volkswirte im NSRB., Mitgl. d. Akad. f. Deutsches Recht: Der Beruf des Volkswirts. Berlin-Wien-Leipzig 1938. Otto Elsner Verlagsges. In Arbeitsgemeinschaft mit dem Verlag Juristisch-Volkswirtschaftlicher Verlag Dr. O. Daskaljuk. 315 S. Preis kart. 4,80 RM.

Den Pflichten, die der Wirtschaft im Dritten Reich im Interesse der Nation auferlegt sind, entspricht ein neuer Berufsstand der Volkswirte. Zusammen mit einer Reihe erfahrener und berufener Mitarbeiter hat sich der Herausgeber die dankenswerte Aufgabe gestellt, das Grundsätzliche des Berufes nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung und Praxis darzustellen und darüber hinaus einen Überblick über die Einsatzmöglichkeiten des Volkswirts in Wirtschaft und Verwaltung zu geben.

Die drei Hauptteile des Buches umfassen 15 Einzeldarstellungen, als deren Verfasser maßgebende Persönlichkeiten aus Wirtschaft, Behörden, Berufsstand und Hochschule zeichnen. Ein Beitrag, der sich mit der Volkswirtin befaßt, kommt aus dem Bereich der Reichsfrauenführung. Die umfassende und sorgfältige Bearbeitung der in Frage kommenden Gebiete geben dem Werk den Charakter eines für die Behörden wie auch für die berufstätigen und werdenden Volkswirte wichtigen und maßgebenden Gebrauchsbuches.

Der junge Volkswirt findet hier verläßliche Angaben über die volkswirtschaftlichen Berufsarten, über Ausbildungsgang und Berufsmöglichkeiten. Das Buch gibt überdies eine grundsätzliche Berufsberatung für wichtige und interessante Spezialgebiete wie der Wirtschaftstreuhänder, Wirtschaftsjuristen, Wirtschaftsingenieure, volkswirtschaftlich geschulten Kaufleute und der Wirtschaftsschriftleiter. Der Studierende der Volkswirtschaft wird hier wertvolle Hinweise finden, deren Beachtung ihm Klarheit über den Ausbildungsgang und die zweckmäßigste Einteilung des Studiums verschafft und ihm die Aufstellung eines rationellen Studienplans erleichtern hilft. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, daß ein Anhang Auskunft erteilt über die Studienordnung, die neue Prüfungsordnung für Diplomvolkswirte, über Kosten des volkswirtschaftlichen Studiums sowie über Bestehen, Leistungen und Richtlinien der Arbeitsgemeinschaft für die praktische Ausbildung der Volkswirte.

Für die Praxis der Behörden, der Wirtschaft und der Volkswirte selbst sind insbesondere die Ausführungen des 2. Teils wichtig. Die Einleitung dieses Hauptabschnitts hat sich der Herausgeber vorbehalten, der als Reichsuntergruppenwalter Volkswirte im NSRB. in einem grundsätzlichen Aufsatz klarstellt, wie der neue Volkswirt in die nationalsozialistische Rechts- und Wirtschaftsordnung eingereiht ist. In diesem Teil des Werkes erfahren wir ferner Näheres über die Stellung des Volkswirts bei den Industrie- und Handelskammern, in der gewerblichen Wirtschaft, im Reichsnährstand und im öffentlichen Dienst. Andere Beiträge befassen sich mit Themen wie „Der Volkswirt als Hochschullehrer" und „Die Frau als Volkswirtin". Außerdem finden wir hier, wie bereits angedeutet, interessant geschriebene Untersuchungen über die vielseitigen und dankbaren Tätigkeitsfelder, die sich heute dem Volkswirt bieten, je nach der besonderen Veranlagung des einzelnen. Mit einer ausführlichen Abhandlung über die ständische Berufsbetreuung schließt der Hauptteil des Werkes.

Die Bedeutung dieses, man könnte sagen, Berufshandbuchs wird dadurch entscheidend begründet, daß der Herausgeber wie auch seine Mitarbeiter dem Volkswirt die Stellung als Diener der Rechts- und Wirtschaftsordnung zuweisen. Eine solche Stellung muß er einnehmen in einer Wirtschaft, deren Aufgabe in der „bestmöglichen Bedarfsdeckung der Nation" liegt. Ohne diese politische Sinngebung des Berufes könnte ein solches Thema nicht im wesentlichen erfaßt werden. Von dieser Warte aus bezeichnet Dr. Ringer den Volkswirt als den Diener der Volksgemeinschaft. Hier „steht er an den Befehlsstellen der Wirtschaft, wo er als Rechtswahrer darüber wachen muß, daß alle Handlungen und Erscheinungen des wirtschaftlichen Lebens nur danach bewertet werden, ob und wieweit sie der Existenzsicherung unserer politischen Lebensgemeinschaft dienen".

Das gestellte Thema ist gründlich und reichhaltig erarbeitet. Das Buch dürfte daher die beste Einführung in das Studium der Volkswirtschaft bieten und auch der Praxis wertvolle Dienste leisten. Dr. Zeller, Berlin.

Dr. Karl Sell, LGDir., Vors. beim LArbG. Berlin: Der Vorsitzende des Arbeitsgerichts und Landesarbeitsgerichts und seine Kammer (Deutsches Gerichtswesen). Berlin 1938. Deutscher Rechts-Verlag, GmbH. 212 S. Preis kart. 4,20 RM.

Das Buch ist ein Buch für die Praxis. Es behandelt in seinem Hauptteil das Verfahren vor dem ArbG. und das Verfahren vor dem LArbG. Von dem Aufbau dieser Gerichte über die Klage bis zum Urt. und zu der Kostenfestsetzung ist das Verfahren beider Instanzen dargestellt. Und zwar finden sich zugleich alle Bestandteile des Verfahrens, die dann das Aktenstück bilden, in Beispielen so gebracht, wie sie die Praxis erfordert. Auch fast alles, was sonst noch interessiert oder in einem Verfahren eintreten kann, z. B. die Geschäftsverteilung, Beeidigung der Beisitzer, Mahnverfahren, Armenrechtsverfahren, Bestrafung nicht erschienener Zeugen, Arrest und EinstwVfg., ist berücksichtigt und in den dazugehörigen Verfügungen, Beschlüssen usw. dargestellt. Vorangestellt sind dem Ganzen das ArbGG. und sonstige Bestimmungen, die das arbeitsgerichtliche Verfahren betreffen oder berühren. Angegliedert sind eine Übersicht über die wichtigsten arbeitsrechtlichen Gesetze und Verordnungen und eine weitere Übersicht über das wichtigste arbeitsrechtliche Schrifttum seit 1933 (beide Übersichten vorzüglich und sehr brauchbar), ferner Gebührentabellen und ein Stichwortverzeichnis.

Das Buch ist nach allem sehr geeignet, ein praktischer Ratgeber zu sein. Es vermag insbes. dem Vorsitzenden ein gutes Hilfsmittel und ständiger Begleiter zu werden. Auch dem Geschäftsstellenbeamten und Praktikanten sowie jedem, der sich das arbeitsgerichtliche Verfahren veranschaulichen will, ist es zu empfehlen. Das Buch verdient weiteste Verbreitung.

AGR. Dr. Franke, Frankfurt a. M.

Dr. Franz Scholz, Geh. JR. SenPräs. des PrOVG.: Kommentar zum Grundsteuergesetz (RGes. v. 1. Dez. 1936 mit allen ergänzenden Vorschriften. 1. Ersatz- und Ergänzungslieferung. Ausgabe Juni 1938, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln.

Reichsabgabenordnung und Steueranpassungsgesetz mit den wichtigsten Durchführungs- und Ergänzungsvorschriften und den Einführungsverordnungen für das Land Österreich. Textausgabe mit Sachverzeichnis. 4. durchgesehene Aufl. München und Berlin 1938. C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung. VI, 214 S. Preis kart. 1,80 RM.

Rechtsprechung

Nachdruck der Entscheidungen nur auszugsweise und mit genauer Quellenangabe gestattet

[** Abdruck in der amtlichen Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts. — † Anmerkung]

Strafrecht

Strafgesetzbuch

1. RG. — §§ 20 a, 42 e StGB. Gewohnheitsverbrecher. Grundsätze zur Anordnung der Sicherungsverwahrung.

Das LG. verneint die sachlichen Voraussetzungen des § 20 a Abs. 2 StGB. im wesentlichen mit der Begründung, es sei nicht festzustellen, daß der Angekl. aus einem inneren Hang zur wiederholten Begehung schwerer Straftaten neige; möglich sei vielmehr, daß ihn die zu verhängende lange Freiheitsstrafe zur inneren Einkehr bringe. Solange er nicht eine längere Freiheitsstrafe zu verbüßen gehabt habe, erscheine die Annahme gewagt, daß er nach Vollziehung der jetzt gegen ihn zu verhängenden Strafe mit Wahrscheinlichkeit neue Rechtsbrüche begehen werde.

Diese Ausführungen sind nicht frei von Rechtsirrtum. Für die Frage, ob der Angekl. Gewohnheitsverbrecher ist, ist nicht entscheidend, ob er durch die zu verhängende langjährige Zuchthausstrafe zur Umkehr gebracht werden kann. Auch ein Gewohnheitsverbrecher kann noch besserungsfähig sein. Entscheidend ist für den § 20 a StGB. allein, ob der Angekl. infolge eines entweder auf charakterlicher Veranlagung beruhenden oder durch Übung erworbenen inneren Hanges wiederholt Rechtsbrüche begeht und zur Wiederholung von Rechtsbrüchen neigt. Einen solchen Hang hat das LG. nicht rechtlich einwandfrei verneint. Mochte hier auch ein durch Übung erworbener innerer Hang des Angekl. vielleicht nicht festzustellen sein, so reichen die Ausführungen des LG. doch nicht aus, auch die entsprechende charakterliche Veranlagung des Angekl. zu verneinen. Wie das LG. selbst sagt, „ist das bisherige Leben des Angekl. eine Kette schwerster Verirrungen“ gewesen. Er hat schon im jugendlichen Alter mit seinem strafbaren Tun begonnen, und alle Besserungsversuche — Unterbringung im städtischen Knabenheim, Anordnung der Fürsorgeerziehung und Verbringung in die Erziehungsanstalt — sind ohne nachhaltigen Erfolg geblieben, bis er jetzt eine Reihe schwerster Straftaten begangen hat, die ihn nach der eigenen Annahme des LG. als „einen höchst gefährlichen Schwerverbrecher“ erscheinen lassen. Das gilt nach den eigenen Darlegungen des LG. besonders für den Raub im Falle B., für den Straßenraub im Falle S. und den Raub im Falle R. Zu den Straftaten ist der Angekl. nach den Feststellungen des LG. auch nicht durch eine wirkliche Notlage gekommen, wenn er auch gehandelt hat, „um seine immerhin bedürftigen wirtschaftlichen Verhältnisse zu verbessern“ und die Lage seiner durch ihn schwanger und infolgedessen erwerbslos gewordenen Geliebten zu erleichtern. Übrigens würde auch eine eigentliche Notlage nicht ausschließen, daß der Angekl. als Gewohnheitsverbrecher anzusehen ist. Auch dann könnten die Taten einem vorherrschenden inneren Hang zum Verbrechen entspringen, falls der Angekl. es gewohnheitsmäßig unterlassen haben sollte, äußere Notlagen auf ehrliche Weise zu überwinden (RGUrt. v. 14. Dez. 1934 und 17. Dez. 1937, 1 D 805/34: HöchstRRspr. 1935 Nr. 897 und 4 D 785/37: DJ. 1938, 676).

Im übrigen geht das LG. selbst davon aus, daß der Angekl. von Geburt aus schlechte Anlagen hat. Das LG. führt aus, er habe eine in seinem Charakter begründete Schwäche zum Nichtstun; sobald er ohne strenge Zucht auf sich selbst gestellt sei, sei es mit seinen Hemmungen vorbei. Das deutet zwangsläufig darauf hin, daß der Angekl. seinem inneren Wesen nach zur Begehung von Rechtsbrüchen neigt und daß diese Neigung auf einer charakterlichen Veranlagung beruht. Dabei ist unerheblich, ob und wieweit diese Veranlagung durch schlechte häusliche Verhältnisse bedingt war und gefördert worden ist, worauf das LG. zu Unrecht entscheidenden Wert legt. Es ist gleichgültig, ob der innere Hang seinen letzten Grund in einer ererbten oder in einer durch Erziehung oder durch andere Einflüsse erworbenen Charakterveranlagung hat. Wesentlich ist nur, daß der verbrecherische Hang besteht.

Daß der Angekl., wenn er als Gewohnheitsverbrecher gelten muß, gefährlich ist, kann nach dem Sachverhalt kaum zweifelhaft sein. Das LG. hebt selbst hervor, daß der Angekl. bei seinen Straftaten einen sehr stark ausgeprägten verbrecherischen Willen gezeigt habe. Dafür spricht nach den Darlegungen im Urteil nicht nur die Zahl und die Art seiner Straftaten, sondern vor allem auch der Umstand, daß der Angekl. schon einige Tage nach seiner Entlassung aus dem Gefängnis seine strafbaren Handlungen fortgesetzt hat. Die Hartnäckigkeit und Stärke des verbrecherischen Willens, wie sie im Urteil des LG. festgestellt worden ist, nötigt zu dem Schluß, daß der Angekl. auch weiterhin den Rechtsfrieden erheblich stören wird. Das Bestehen dieser Gefahr ist, soweit es sich um die Beurteilung des Angekl. als eines gefährlichen Gewohnheitsverbrechers handelt, entgegen der Ansicht des LG. — das ist der Hauptfehler des Urteils —, nach dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung, nicht nach dem der Strafverbüßung zu entscheiden. Der Zeitpunkt, in dem der Angekl. seine Strafe verbüßt haben wird, würde von entscheidender Bedeutung nur für die Frage sein, ob die öffentliche Sicherheit die Anordnung der Sicherungsverwahrung nach dem § 42 e StGB. erfordert. Damit hat sich indes das LG., da es schon die sachlichen Voraussetzungen des § 20 a Abs. 2 StGB. verneint, nicht mehr beschäftigt.

Sollte jedoch das LG. bei der neuen Verhandlung dazu kommen, den Angekl. als gefährlichen Gewohnheitsverbrecher anzusehen, so würde es aber die Anordnung nach dem § 42 e StGB. nicht mit der Erwägung ablehnen können, daß „als möglich angenommen werden müsse“, die Verbüßung der Strafe werde den Angekl. zur inneren Einkehr bringen. Eine solche unbestimmte *Möglichkeit* würde nicht genügen, von der Anordnung der Sicherungsverwahrung abzusehen. Die Anordnung würde vielmehr nur dann unterbleiben dürfen, wenn eine Besserung des Angekl. mit einem solchen Grad von *Wahrscheinlichkeit* zu erwarten wäre, mit dem diese das künftige Innenleben des Angekl. berührende Frage überhaupt entschieden werden kann (RGUrt. v. 17. Juni 1938, 1 D 362/36: JW. 1938, 2269[1] = DJ. 1938, 1157).

(RG., 1. StrSen. v. 2. Sept. 1938, 1 D 521/38.)

*

**** 2. RG. — §§ 20 a, 42 e, 79 StGB. Gewohnheitsverbrecher. Grundsätze für die Anwendung der §§ 20 a und 42 e StGB. Gesamtstrafe.**

Die StrK. ist bei der Prüfung, ob der Angekl. als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher verurteilt und in Sicherungsverwahrung zu nehmen sei, rechtlich fehlerhaft verfahren. Vor der Erörterung der Frage, ob die Sicherungsverwahrung anzuordnen ist, muß stets zunächst geprüft werden, ob der Angekl. ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist; denn das ist in allen Fällen die Voraussetzung für die Anordnung der Sicherungsverwahrung. Die Gesichtspunkte, die bei der Prüfung beider Fragen zu beachten sind, sind nicht dieselben. Die StrK. hat aber beide Fragen nicht klar auseinandergehalten. Infolgedessen hat sie insbes. die für die Anwendbarkeit des § 20 a StGB. maßgebenden Gesichtspunkte nicht hinlänglich geprüft. Darauf kann es auch beruhen, daß sie die Sicherungsverwahrung nicht für erforderlich gehalten hat.

Das fehlerhafte Verfahren der StrK. zeigt sich schon darin, daß sie zunächst die Strafen für die von ihr angenommenen zehn Verbrechen gegen § 175 a Nr. 3 StGB., in drei Fällen in Tateinheit mit einem Verbrechen gegen § 176 Nr. 3 StGB., und für das Vergehen gegen § 175 StGB. a. F. ohne Prüfung der Anwendbarkeit des § 20 a StGB. festgesetzt hat. Erst dann erörtert sie, ob der Angekl. ein gefährlicher Gewohnheitsverbrecher sei. Die Strafe durfte aber nicht bestimmt werden, ohne daß zunächst diese Frage klargestellt war, da die Strafhöhe von ihr abhing.

Bei der sodann in dem Urteil im Anschluß an die Festsetzung der Strafen vorgenommenen Prüfung, ob die §§ 20 a, 42 e StGB. anzuwenden seien, fehlt jedes Eingehen darauf, ob der Angekl. im Zeitpunkt der Hauptverhandlung als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher zu beurteilen sei. Die StrK. beschäftigt sich nur mit der Frage, ob nach der Verbüßung der sechsjährigen Zuchthausstrafe weitere Straftaten des Angekl. zu befürchten seien. Ob ein Angekl. als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher zu verurteilen ist, hängt aber von dem Vorliegen dieser Voraussetzung in dem Zeitpunkt der Hauptverhandlung ab. Es muß zunächst auf Grund einer Gesamtwürdigung der von dem Angekl. begangenen Taten geprüft werden, ob er mindestens drei von ihnen aus einem durch Anlage oder Übung bedingten Hange zu wiederholten Straftaten begangen hat und ob er auf Grund dieses Hanges zur Wiederholung von Rechtsbrüchen neigt. Dann ist er Gewohnheitsverbrecher. Als gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist er anzusehen, wenn auf Grund jener Gesamtwürdigung in dem Zeitpunkt der Hauptverhandlung eine bestimmte Wahrscheinlichkeit dafür besteht, daß er auch in Zukunft durch weitere, aus seinem Hange entspringende Straftaten den Rechtsfrieden erheblich stören werde (RGSt. 68, 149, 155/156 = JW. 1934, 1662 [28] m. Anm.). Daß hierbei nicht die Sachlage am Ende der Strafverbüßung maßgebend sein kann, erhellt ohne weiteres daraus, daß die Höhe der Strafe ja erst davon abhängt, ob der Angekl. gefährlicher Gewohnheitsverbrecher ist (vgl. hierzu auch RGSt. 68, 385 = JW. 1935, 201 [9] m. Anm. und das insoweit nicht veröffentlichte RGUrt. 4 D 785/37 vom 17. Dez. 1937, S. 4). Als Umstände, aus denen im Zeitpunkte der Hauptverhandlung eine Gefährlichkeit des Gewohnheitsverbrechers, d. h. eine bestimmte Wahrscheinlichkeit weiterer erheblicher Störung der Rechtsordnung durch ihn, entnommen werden kann, kommen u. a. in Betracht: Häufigkeit und schnelle Folge der bisherigen Straftaten, Wirkungslosigkeit von Freiheitsstrafen, Willensschwäche, starke verbrecherische Energie, Einsichtslosigkeit, gemeinschaftswidrige Einstellung u. a. Alle diese Umstände können einen Rückfall wahrscheinlich machen. Dafür, daß die erneute Störung der Rechtsordnung erheblich sein werde, können neben einem Teil der bereits bezeichneten Umstände insbes. die Schwere und Art der bisherigen Straftaten sprechen. In allen diesen Richtungen gebricht es bisher an einer ausreichenden Prüfung in dem Urteil.

Erst für die Frage, ob die Sicherungsverwahrung erforderlich ist, muß von dem charakterlichen und seelischen Zustande des Verurteilten und den äußeren Umständen im Zeitpunkt der Entlassung aus der Strafhaft ausgegangen werden (RGSt. 68, 149 = JW. 1934, 1662 [28] m. Anm.; RGSt. 68, 385 = JW. 1935, 201 [9] m. Anm.). Die Erforderlichkeit ist zu verneinen, wenn begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, daß die Eigenschaft des Verurteilten als gefährlichen Gewohnheitsverbrechers im Zeitpunkte der Entlassung aus der Strafhaft nicht mehr bestehen oder nicht mehr wirksam werden wird oder daß etwa andere Sicherungsmaßregeln von geringerer Schwere einen ebenso wirksamen Schutz gewähren werden. Bedeutsam hierfür wird u. a. sein, ob etwa während der Strafverbüßung eine Besserung des Charakters und der inneren Einstellung des Verurteilten zu erwarten ist, ob mit einem Abklingen des verbrecherischen Willens infolge zunehmenden Alters gerechnet werden kann. Dauernde körperliche Untauglichkeit infolge von Krankheit oder Gebrechen, geeignete und erfolgversprechende Überwachungsmaßnahmen der Polizei nach der Entlassung, Familienanhalt und dergleichen können ebenfalls Anlaß geben, die Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung zu verneinen. Nach der neueren Rspr. des RG. darf jedoch bei einem gefährlichen Gewohnheitsverbrecher nur dann von der Anordnung der Sicherungsverwahrung abgesehen werden, wenn mit dem Grade von Wahrscheinlichkeit, der bei einer solchen Beurteilung von Zukunftsmöglichkeiten überhaupt erreichbar ist, erwartet werden kann, daß die oben bezeichneten Umstände einen Schutz der Allgemeinheit durch die Sicherungsverwahrung im Zeitpunkte der Entlassung aus der Strafhaft nicht mehr erforderlich machen (RGUrt. 1 D 362/38 v. 17. Juni 1938: DJ. 1938, 1157 = JW. 1938, 2269 [1]; 4 D 492/38 v. 26. Aug. 1938).

Aus dem Urteil ergeben sich nun verschiedene Anhaltspunkte dafür, daß die StrK. anzunehmen geneigt war, der Angekl. sei im Zeitpunkte der Hauptverhandlung gefährlicher Gewohnheitsverbrecher gewesen; denn sie stellt fest, daß der Angekl. bereits seit vielen Jahren dem Laster der Unzucht unter Männern in stärkstem Maße verfallen sei. Er habe sich ihm schon während der zwölfjährigen Militärdienstzeit bis zum Jahre 1933 weitgehend hingegeben und ihm auch in der Folgezeit in „außerordentlich großem Umfange, hemmungslos und bei jeder sich bietenden Gelegenheit" gefrönt. „Kein Schulkind, mit dem er zusammenkam, war vor ihm sicher." Er wird als schizoider Psychopath, erblich und triebhaft veranlagt bezeichnet. Das Urteil spricht ferner davon, Sicherungsverwahrung sei dann zu verhängen, „wenn die Gefährlichkeit des Verurteilten im Zeitpunkte der Entlassung aus der Strafhaft voraussichtlich noch bestehen" werde. Auch der Umstand, daß die StrK. eine Beseitigung der Rückfallsgefahr erst aus einer allmählichen Überwindung der Nervenschwäche des Angekl. während der Strafverbüßung erwartet, legt es nahe, daß die StrK. im Zeitpunkte der Hauptverhandlung auf Grund einer Gesamtwürdigung der abzuurteilenden Taten und der Persönlichkeit des Angekl. einen durch Anlage und Übung bedingten Hang des Angekl. zu Straftaten gegen die §§ 175, 175 a StGB. für gegeben hielt und nach den Verhältnissen in jenem Zeitpunkte auch mit bestimmter Wahrscheinlichkeit weitere Verfehlungen des Angekl. auf diesem Gebiete befürchtete. Es läßt sich infolgedessen nicht ausschließen, daß die StrK. die Anwendbarkeit des § 20 a StGB. aus Rechtsirrtum verneint hat.

Dann ist es aber auch möglich, daß hierdurch die Verneinung der Erforderlichkeit der Sicherungsverwahrung beeinflußt worden sein kann; denn wenn die StrK. bejaht hätte, daß der Angekl. gefährlicher Gewohnheitsverbrecher war, so mußte sie, wie oben dargelegt worden ist, die Sicherungsverwahrung anordnen, falls nicht mit dem Grade von Wahrscheinlichkeit, der bei solchen Entscheidungen über Zukunftsmöglichkeiten überhaupt erreichbar ist, zu erwarten war, daß die Sicherungsverwahrung im Zeitpunkt der Entlassung des Angekl. aus der Strafhaft zum Schutze der Allgemeinheit nicht mehr notwendig sein werde.

Die bezeichneten Mängel nötigen dazu, das Urteil im ganzen Strafausspruch, d. h. sowohl die festgesetzten Einzelstrafen als auch die Gesamtstrafe einschließlich des Ausspruchs über den Ehrverlust und die Anrechnung der Untersuchungshaft, aufzuheben.

In der neuen Verhandlung wird die StrK. auch Gelegenheit haben, die beiden weiteren, kürzlich verhängten Freiheitsstrafen von 1 Jahr Gefängnis und 1½ Jahr Zuchthaus in die Gesamtstrafe einzubeziehen. Ohne besonderen Grund durfte dies mit Rücksicht auf die Vorschrift des § 79 StGB. nicht unterbleiben (RGSt. 64, 413; RGUrt. 1 D 216/38 v. 26. April 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 1205).

(RG., 4. StrSen. v. 11. Okt. 1938, 4 D 677/38).

*

**** 3. RG. — §§ 46, 211, 242, 251, 2 StGB. Bei einer bloßen Änderung der Tatmittel, die zu dem unverändert gewollten Enderfolg führen sollen, kann von einem Rücktritt vom Versuch i. S. des § 46 StGB. nicht gesprochen werden. Ein unter Verwendung von Betäubungsmitteln begangener Diebstahl ist nach §§ 2, 251 als Raub zu bestrafen. †)**

1. Mord: Zutreffend hat das SchwG. bereits den Vorgang v. 2. März 1938 als versuchten Mord gewürdigt.

An diesem Tage hat die angekl. Ehefrau B. dem Viehhändler P. in ihrer Wohnung eine Tasse mit Kaffee vorgesetzt, der durch Zyankali vergiftet war, damit P. durch den Genuß des Kaffees getötet würde. Er bemerkte jedoch schon bei dem ersten Schluck den schlechten Geschmack des Kaffees und spie die Flüssigkeit sogleich wieder aus. Darauf stellte die Angekl. den vergifteten Kaffee beiseite und setzte ihm unvergifteten Kaffee vor. P. glaubte aber, die Angekl. habe dem Kaffee nur Alkohol beigemischt und wolle ihn lediglich „ansäuseln". Infolgedessen versuchte er noch einen Kaffeelöffel von dem vergifteten Kaffee zu kosten. Hieran hinderte ihn die Angekl. durch Verschütten des Kaffees in dem Löffel. In dem Verhalten der Angekl. liegt kein Rücktritt vom Versuch i. S. des § 46 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB. Die gegenteiligen Ausführungen der Rev. des wegen Mittäterschaft verurteilten Ehemannes B. sind rechtsirrig. Es mag hier dahingestellt bleiben, ob bei der Teilhandlung einer Fortsetzungstat überhaupt ein Rücktritt vom Versuche i. S. des § 46 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB. mit der Wirkung möglich ist, daß die Teilhandlung wegen dieses persönlichen Strafaufhebungsgrundes aus der Verurteilung auszuscheiden hat. Unter Umständen könnte bei einer in sich abgeschlossenen Teilhandlung an eine entsprechende Anwendung des § 46 StGB. aus seinem Grundgedanken heraus gedacht werden, einen Anreiz für den Täter zu bieten, den Erfolg nicht eintreten zu lassen. Es braucht auch nicht entschieden zu werden, ob andererseits eine Handlung, von der der Täter zurücktritt, überhaupt ein Teil einer Fortsetzungstat sein kann. Dafür könnte der Umstand sprechen, daß § 46 StGB. keinen Rechtfertigungsgrund und auch keinen Schuldausschließungsgrund, sondern nur einen Strafaufhebungsgrund bildet. Hier hatte die Angekl. jedenfalls ihren Vorsatz, den erstrebten einheitlichen und unteilbaren Erfolg herbeizuführen, nämlich den P. zu töten, in keinem Augenblick endgültig aufgegeben. Sie nahm nur von einer bestimmten Ausführungsweise Abstand, war aber nach wie vor bestrebt, denselben Erfolg auf anderem Wege zu erreichen. Sie verwirklichte ihn auch demnächst in unmittelbarer Fortwirkung ihres Tötungsvorsatzes. Bei einer solchen Sachlage, d. h. bei einem bloßen Ändern der Tatmittel, die zu dem unverändert gewollten Enderfolg führen sollen, kann keinesfalls von einem Rücktritt vom Versuche i. S. des § 46 StGB. die Rede sein (vgl. auch RGUrt. 2 D 238/27 v. 11. April 1927). Auf die weitere Frage, ob ein Rücktritt unter den obwaltenden Umständen freiwillig gewesen wäre, braucht daher nicht eingegangen zu werden.

2. Diebstahl (richtig Raub): Die Ehefrau B. hat dem P., nachdem sie ihn am 9. März 1938 betäubt hatte, die Brieftasche mit etwa 2000 *RM* und die Geldbörse, die mehrere 100 *RM* enthielt, weggenommen. Hierin sieht das SchwG. einen in Tateinheit mit dem Mord, ebenfalls von beiden Angekl. in Mittäterschaft begangenen Diebstahl. Die Rev. des Ehemannes B. führt demgegenüber zutreffend aus, dieses Tun hätte unter Anwendung des § 2 StGB. als Raub beurteilt werden müssen. Unmittelbar können die §§ 249 ff. StGB. hier nicht angewandt werden; denn das SchwG. hält es für unwiderlegt, daß die Angekl. dem P. den Wattebausch, der mit dem Betäubungsmittel getränkt war, auf das Gesicht legte, ohne daß P., der durch anderweit verursachte starke Übelkeit bereits geschwächt war, irgendwelche Abwehrbewegungen machte. Daß ein Betäuben dieser Art keine Gewaltanwendung ist, hat das RG. schon wiederholt ausgesprochen (vgl. RGSt. 56, 87, 89; 58, 98). Daran hält der Senat, namentlich mit Rücksicht auf den Wortlaut des § 177 StGB., fest. Der § 242 StGB. enthält aber keinen angemessenen, dem gesunden Volksempfinden entsprechenden Strafrahmen für einen Diebstahl, der unter Anwenden von Betäubungsmitteln begangen worden ist. Der Diebstahl in dieser erschwerten Form verdient nach dem Grundgedanken des § 249 StGB. Bestrafung als Raub. Da hier die Betäubung mitursächlich für den Tod war, ist der § 251 StGB. entsprechend anzuwenden. Das Urteil kann von hier aus berichtigt werden, denn der raubähnliche Diebstahl steht in Tateinheit mit dem Morde. Die Betäubung des P., die bereits ein Anfang der Ausführung des Mordes ist, verwirklicht gleichzeitig ein Tatbestandsmerkmal des raubähnlicher Diebstahls. Auch die Strafe, die dem § 211 StGB. zu entnehmen ist, wird durch die Annahme einer Tateinheit des Mordes mit einem Verbrechen gegen § 251 StGB. statt mit einem Vergehen gegen § 242 StGB. nicht berührt. Schließlich haben die Angekl. auch ausreichend Gelegenheit gehabt, sich gegen die Anschuldigung des Raubes zu verteidigen, da schon in der Anklage und in dem Eröffnungsbeschlusse statt des Diebstahls besonders schwerer Raub angenommen worden war.

(RG., 4. StrSen. v. 4. Okt. 1938, 4 D 696/38.)

Anmerkung: 1. Die Entsch. zu § 46 StGB. ist im Ergebnis zu billigen. Die im Schrifttum vertretene Ansicht war bisher nicht einheitlich. Zwar ging die überwiegende Meinung dahin, daß der Täter nur straffrei bleibt, wenn er das von ihm zur Ausführung des beabsichtigten Verbrechens oder Vergehens Unternommene vollständig hat fallen lassen; dagegen vertrat die Mehrzahl der Schriftsteller gegen Binding u. a. den Standpunkt, es sei nicht notwendig, daß der Täter auch seinen verbrecherischen Entschluß endgültig aufgegeben habe. Dies verlangt nunmehr das RG. in der vorl. Entsch. Hierbei ist allerdings zu bemerken, daß es in erster Linie Tatfrage ist, ob der Täter bei dem ursprünglichen Entschluß auch nach Aufgabe der ersten Versuchshandlung verblieben ist oder ob er seinen ursprünglichen Vorsatz aufgegeben und vielleicht später erneut den gleichen oder einen ähnlichen Vorsatz gefaßt hat.

Im übrigen wäre auch schon aus anderen Gründen die Anwendung des § 46 zu verneinen. Denn wenn der Täter seine Versuchshandlung aufgibt, weil er (z. B. infolge des schlechten Geschmacks des gegebenen Mittels) die sofortige Entdeckung seines Vorhabens fürchtet, so hat er die Ausführung aufgegeben aus einem seinem Willen zuwiderlaufenden Umstand, also nicht freiwillig (vgl. hierzu analog RGSt. 65, 149, ferner 43, 138).

2. Höchst bedenklich ist dagegen die Auslegung des § 2. Wenn das RG. richtigerweise ein Betäuben nicht als Gewaltanwendung i. S. der §§ 249 ff. StGB. ansieht — und die vorl. Entsch. billigt diesen Standpunkt ausdrücklich —, so liegt eben einfacher Diebstahl nach § 242 vor. Dessen Strafrahmen reicht auch vollkommen aus. Mit Hilfe des § 2 kann ein Strafrahmen nicht erweitert werden.

§ 2 soll nur dort zur Anwendung kommen, wo ein Tatbestand, der nach gesundem Volksempfinden strafbar ist, überhaupt nicht unter ein Strafgesetz fällt. Die von einem Gesetz angedrohte Strafe kann aber nicht mit Hilfe des § 2 entweder unter das Mindestmaß herabgesetzt oder über das Höchstmaß hinaus erweitert werden.

Das ist auch überwiegende Meinung (vgl. Runderlaß des RJM. v. 18. Jan. 1937, zit. RGSt. 71, 10 = JW. 1937, 1068 [20], ferner RGSt. 72, 69 = JW. 1938, 1160 [5] und RGSt. 72, 95 = JW. 1938, 851 [1] und Berichtigung JW. 1938, 1105 [1]).

RA. Dr. Nübell, Berlin.

*

4. RG. — §§ 153 ff. StGB.; § 249 StPO. Liegen zwei Meineide vor, von denen der eine den Tatbestand des § 154 StGB., der andere den des § 155 StGB. erfüllt, so können beide im Fortsetzungszusammenhang begangen sein. †)

Verfehlt ist die Auffassung der Rev., daß über den von dem SchwG. ermittelten Inhalt der eidlichen Aussagen des Angekl. hinaus der gesamte Wortlaut seiner eidlichen Bekundungen genauestens festzulegen gewesen wäre. Es ist nicht einmal für alle Fälle zwingend zu fordern, daß im Verfahren wegen Meineids die Niederschrift über die eidliche Zeugenaussage, durch die der Meineid begangen worden ist, verlesen wird. Ob eine Verlesung notwendig ist, richtet sich vielmehr stets nach der Besonderheit der Sachlage im einzelnen Falle (RGEntsch. 1 D 1440/32 v. 13. Dez. 1932: DRZ. Rspr. 1933 Nr. 117). Gleiches gilt für die Feststellung des Umfangs der von dem Zeugen gemachten Bekundungen in dem Urteil wegen Meineids.

Der sachlich-rechtliche Einwand der Rev., daß der Angekl. wegen der beiden Meineide zu Unrecht eines fortgesetzten Verbrechens des Meineides schuldig gesprochen worden sei, weil der Meineid nach § 154 StGB. und der nach § 155 StGB. verschiedenartige Straftaten seien, ist unbegründet. Denn § 155 StGB. enthält keine selbständige Strafandrohung und keine Straftat eigener Art, bestimmt vielmehr im Gegenteil, daß die in ihm bezeichneten Fälle einer Eidesleistung gleichzuachten sind, so daß hinsichtlich der Folgen der Eidesverletzung die Vorschriften der §§ 153, 154 StGB. auch hier Platz greifen. Es handelt sich also um das nämliche Delikt, wenn der Zeuge gemäß § 155 Nr. 2 StGB. die Richtigkeit seiner bewußt falschen Aussage unter Berufung auf den früher in der gleichen Sache geleisteten Eid versichert, der sich bereits seinerseits als ein Meineid darstellt (RGSt. 49, 202, 208; 56, 323; vgl. auch Rspr. 9, 7; RGSt. 43, 219, 220; RG.: JW. 1925, 1406). Fehlerhaft ist nur, daß das SchwG. zur Kennzeichnung der fortgesetzten Handlung auf § 73 StGB. verwiesen hat (RGSt. 49, 391, 392). Diese Unstimmigkeit bei der rechtlichen Charakterisierung der Fortsetzungstat kann jedoch den Bestand des Urteils nicht gefährden.

Die Festsetzung der Strafe auf 7 ½ Monate Gefängnis ist fehlerhaft. Die Bemessung einer Strafe nach Bruchteilen eines Monats ist nicht zulässig (vgl. RGSt. 43, 320). Statt des halben Monats waren daher 14 Tage Gefängnis einzusetzen. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer Vollstreckung auch innerhalb des Monats Februar wird in der neueren Rspr. des RG. die Hälfte eines Monats mit 14 Tagen angenommen (RGEntsch. 3 D 863/35 v. 5. Dez. 1935: JW. 1936, 259 [15]).

(RG., 2. StrSen. v. 26. Sept. 1938, 2 D 548/38.)

Anmerkung: Der Entscheidung ist zuzustimmen.

Bevor das Gericht sich mit der Frage befassen kann, ob die Aussage des Schwörenden der Wahrheit entsprach oder nicht, muß zunächst ermittelt werden, was der Schwörende ausgesagt hat (so RG.: JW. 1938, 2196 [5]). Die beste Auskunft hierüber kann im allgemeinen das über die Aussage aufgenommene Protokoll geben, das im Wege des Urkundenbeweises zu verwerten ist. Neben der Verlesung nach § 249 StPO. hat das RG. in ständiger Rspr. auch eine Verwertung von Urkunden als Beweismittel durch Vorhalt oder Bekanntgabe seitens des Vorsitzenden zugelassen. Diese Form der Verwertung versagt jedoch dann, wenn eine genaue Kenntnis des Wortlauts vermittelt werden soll (vgl. RG.: JW. 1928, 1939 [11]). So wird regelmäßig im Meineidsverfahren die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung erforderlich sein, wenn es nicht bloß auf eine einzelne beschworene Tatsache, sondern auf den Wortlaut der Aussage und ihren Zusammenhang ankommt (so RGSt. 65, 420). Hieraus folgt aber nicht, daß die Niederschrift grundsätzlich und immer verlesen werden muß (RG.: DRZ. Rspr. 1935 Nr. 117). Daß die besonderen Umstände des Falles hier eine Verlesung erfordert hätten, ist der Entscheidung nicht zu entnehmen. Immerhin wird nach wie vor die Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung als Regel anzusehen sein. Es ist aber zu begrüßen, daß diese Verlesung nicht zu einem Dogma erhoben wird, sondern die Entscheidung auf die Lage des Einzelfalles abgestellt bleibt.

Wenn ein Zeuge in derselben Angelegenheit mehrmals unter Eid aussagt, wird in der Regel ein fortgesetztes Delikt anzunehmen sein. Zur Begründung des Fortsetzungszusammenhanges ist neben der Gleichheit des verletzten Rechtsgutes die Gleichartigkeit der einzelnen Akte und die Einheitlichkeit des hierauf gerichteten Vorsatzes zu fordern (vgl. RGSt. 61, 201). Die Einheitlichkeit des Vorsatzes stand hier offenbar außer Zweifel. Die Gleichheit des verletzten Rechtsgutes liegt vor, da sich der Meineid in jeder Form als Delikt gegen die Rechtspflege darstellt. Die Gleichartigkeit der Begehungsform bedeutet grundsätzlich die Erfüllung desselben gesetzlichen Tatbestandes (vgl. RGSt. 67, 169). Sie kann aber auch vorliegen, wenn die verschiedenen Handlungen nicht dasselbe Strafgesetz verletzen; entscheidend ist vielmehr, ob den verschiedenen Strafandrohungen dasselbe strafrechtliche Verbot zugrunde liegt (vgl. RGSt. 56, 323). In Verfolg dieser Rspr. kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ein Fortsetzungszusammenhang zwischen Delikten nach §§ 154 und 155 StGB. möglich ist, die schon durch die Wortfassung des Gesetzes miteinander verbunden sind und eine gemeinsame Strafandrohung aufweisen. Mit Recht sieht das RG. die beiden Formen der Eidesverletzung als das nämliche Delikt an.

Da das fortgesetzte Delikt strafrechtlich nicht nach seinen strafbaren Einzelhandlungen getrennt werden darf, sondern als einheitliches Ganzes behandelt werden muß (RGSt. 43, 220), liegt nur ein deliktischer Tatbestand vor. Es ist nur ein Strafgesetz verletzt, § 73 StGB. setzt die Verletzung mehrerer Strafgesetze voraus.

Die Festsetzung der Strafe nach Bruchteilen eines Monats wird vom RG. in ständiger Rspr. abgelehnt, weil der Monat keine feststehende Zeitlänge darstellt (vgl. RGSt. 10, 22; RG.: JW. 1933, 2281 [9]).

StA. Dr. Mittelbach, Berlin.

*

**** 5. RG. — §§ 175 a, 2 StGB. Ein Mann, der einen Minderjährigen bewußtlos macht, um ihn zur Unzucht zu mißbrauchen, ist in entsprechender Anwendung des § 175 a Nr. 3 StGB. zu bestrafen.**

Im Falle D. hat die StrK. in tatsächlicher Beziehung festgestellt, daß der Angekl. den damals 20 Jahre alten H. D., den er früher wegen Atemnot durch Hypnotisieren behandelt hatte, beim gemeinsamen Übernachten hypnotisieren wollte und zu ihm, als er ihn bereits hypnotisiert glaubte, sagte: „Du wirst in 10 Minuten meinen ganzen Körper betasten und wirst mir dann einen abwichsen.“ Als D., der sich nur schlafend gestellt hatte, hierauf nichts unternahm, wiederholte der Angekl. diesen Befehl noch einmal. Hierauf hat ihn D. aufgefordert, ihn in Ruhe zu lassen. Die StrK. hat hierin einen Versuch des Angekl. erblickt, auf den Willen des D. einzuwirken und ihn zu verführen, mit ihm Unzucht zu treiben, der nicht zur Vollendung gekommen sei, weil D. dem Angekl. Widerstand geleistet habe.

Die Rev. macht geltend, der Versuch einer nach § 175 a Nr. 3 StGB. strafbaren Handlung liege nicht vor, weil eine Verführung immer eine Einwirkung auf den Willen des bei vollem Bewußtsein befindlichen zu Verführenden voraussetze; der Angekl. habe aber geglaubt, D. befinde sich in Hypnose, also in einem willenlosen Zustand.

Wie sich, entgegen den Behauptungen der Rev., aus den tatsächlichen Feststellungen ergibt, wollte der Angekl. den minderjährigen D. in Hypnose versetzen, also dessen eigenen Willen ausschalten, und ihn dann zur unzüchtigen Betätigung an ihm veranlassen. Der Rev. ist zuzugeben, daß ein Willenloser — als solcher muß jemand, der im Zustand der Hypnose ist, angesehen werden — nicht Gegenstand der Verführung sein kann, weil nur der verführt werden kann, dessen Wille beeinflußt werden kann (RGSt. 72, 50 = JW. 1938, 854 [3]). In diesem Urteil ist jedoch ausgeführt, daß ein Mann über 21 Jahre, der eine männliche Person unter 21 Jahren willenlos oder bewußtlos macht, um sie zur Unzucht zu mißbrauchen, ebenso strafwürdig ist, als wenn er sein Opfer zur Duldung verführt hätte, und daß es daher geboten ist, in einem solchen Falle die Vorschrift des § 175 a Nr. 3 StGB. auf Grund des § 2 StGB. entsprechend anzuwenden. Die Verurteilung des Angekl. ist daher im Ergebnis gerechtfertigt.

(RG., 3. StrSen. v. 6. Okt. 1938, 3 D 763/38.)

*

6. OLG. — § 193 StGB. Dem Rechtsanwalt, der eine ihm von dritter Seite zugetragene Behauptung über einen Zeugen schriftsätzlich vorträgt, ohne sie auf ihre Erweislichkeit zu prüfen, steht der Schutz des § 193 StGB. nicht zur Seite. Es steht dahin, inwieweit er verpflichtet wäre, die Behauptung dem Gericht zur Kenntnis zu bringen, wenn sie ihm von seinem Auftraggeber mitgeteilt wird. †)

Mit der Rev. wird Verletzung materiellen Rechts gerügt und geltend gemacht, daß das AG. zu Unrecht eine Anwendung des § 193 StGB. abgelehnt habe.

Diese Rüge ist unbegründet. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß ein Rechtsanwalt nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet ist, die berechtigten Interessen der von ihm vertretenen Partei, deren Interessen durch den ihm erteilten Auftrag mittelbar seine eigenen geworden sind, wahrzunehmen, und daß er zur Wahrnehmung dieser Interessen auch gegenüber einem Zeugen Dinge vorbringen darf, die diesem abträglich sind, dem Gericht aber eine Unterlage für die Beurteilung der Aussage dieses Zeugen geben. Auf der anderen Seite ist der Anwalt jedoch in keiner Weise befugt, bei Wahrnehmung der Interessen seiner Partei so weit zu gehen, daß er haltlose Behauptungen aufstellt, ohne sich irgendwie von ihrer Richtigkeit zu überzeugen. Daher steht ihm, wenn er leichtfertig Behauptungen aufstellt, *ohne sich über deren Erweislichkeit im geringsten zu vergewissern*, der Schutz des § 193 StGB. nicht zur Seite (vgl. SeuffBl. 77, 511).

In Übereinstimmung mit diesen Grundsätzen hat das AG. im vorl. Falle zutreffend die Anwendung des § 193 StGB. abgelehnt. Nach den getroffenen Feststellungen hat der Angekl. die beleidigende Äußerung gebracht, ohne sich irgendwie über ihre Richtigkeit zu informieren. Es kann hierbei dahingestellt bleiben, wie weit ein Anwalt hierzu bei Instruktionen von seiten seiner Partei verpflichtet ist. Im vorl. Falle handelte es sich aber um Mitteilungen von dritter Seite, und daher war der Angekl. hier bei der schwerwiegenden Bedeutung der Behauptung ganz besonders verpflichtet, Erkundigungen über die Richtigkeit derselben einzuziehen. Von dieser Pflicht konnte ihn auch die Tatsache, daß sein in dem gleichen Orte wohnhafter Bürovorsteher ihm diese Mitteilung gemacht hatte, in keiner Weise entbinden. Der Angekl. hat jedoch nichts in dieser Richtung unternommen, sich auch nicht einmal mit seiner Partei in Verbindung gesetzt, sondern die ihm gemachte Mitteilung ohne irgendeine Prüfung ihrer Richtigkeit in seinem Schriftsatz als eine feststehende Tatsache gebracht. Er handelte somit leichtfertig und entzog sich damit selbst den Schutz des § 193 StGB. Zutreffend hat das AG. daher die Anwendung dieser Vorschrift abgelehnt.

(OLG. Hamburg, 1. StrSen., Urt. v. 26. Sept. 1938, Vs 4/38.)

Anmerkung: Das OLG. Hamburg hat sich frühzeitig im Anschluß an die Rspr. des RG. dazu bekannt, den in § 193 StGB. enthaltenen Rechtfertigungsgrund nach Inhalt und Umfang unter Zugrundelegung des Gesichtspunktes der Interessenkollision zu bestimmen, und hierbei ausgeführt, daß leichtfertige Äußerungen nicht unter den Schutz des § 193 StGB. fallen (vgl. JW. 1932, 3122[10] u. 3778[5]). Diese Einschränkung dürfte allgemein anerkannt sein (vgl. RGSt. 62, 93; 63, 93; 71, 175 = JW. 1937, 1793[32]; KG.: JW. 1930, 943[4]). In diesem Rahmen steht der Schutz des § 193 StGB. auch dem Rechtsanwalt zur Seite, der in Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten vor der Verletzung fremder Ehre nicht zurückzuschrecken braucht (KG.: JW. 1930, 205[82]). Die Frage, ob und inwieweit der Rechtsanwalt im Einzelfall berechtigt und verpflichtet ist, die Ehre eines Dritten zu verletzen, erfordert jeweils gewissenhafte Prüfung, denn er erhält keinen Freibrief, in seiner Rechtsstellung straflos gegen jedermann Beleidigungen begehen zu können (vgl. KG.: GoltdArch. 73, 352). Die Entsch. hält sich im Rahmen dieser Grundsätze.

Zweifelhaft kann jedoch erscheinen, ob die hinsichtlich der hiernach bestehenden Prüfungspflicht an den Rechtsanwalt gestellten Anforderungen überspannt worden sind. Die Frage der Leichtfertigkeit hat in letzter Zeit häufig die Rspr. im Anschluß an § 164 StGB. beschäftigt. Wenn auch der § 193 StGB. auf § 164 StGB. keine Anwendung findet (vgl. dazu RG.: JW. 1937, 700[14] u. 1329[26]; JW. 1938, 1314[3] u. 1387[2]), so werden doch die Rechtsgrundsätze, die die Rspr. zu § 193 StGB. entwickelt hat, herangezogen (vgl. RGSt. 71, 175 = JW. 1937, 1793[32]). Sie besagen, daß eine Berufung auf Interessenwahrung ausscheidet, wenn den Anforderungen von Recht und Sitte zuwider nur auf haltlose Vermutungen hin die Ehre eines anderen gröblich angetastet wurde. Leichtfertig handelt, wer angebliche Geschehnisse, die ihm durch vage, haltlose Gerüchte oder Vermutungen zugetragen sind, als Tatsachen hinstellt (so RG.: JW. 1936, 389[21]). Der Begriff der Leichtfertigkeit wird etwa dem Begriff der groben Fahrlässigkeit gleichgesetzt (RGSt. 71, 34 = JW. 1937, 754[14] u. RGSt. 71, 175 = JW. 1937, 1793[32]). Der Täter muß objektiv in der Lage sein, sich die erforderlichen Unterlagen über seine Behauptungen zu verschaffen, und subjektiv befähigt sein, diese Möglichkeit und die Tragweite der betreffenden Unterlagen zu erkennen (vgl. RG.: JW. 1937, 3087[12]).

Im vorliegenden Fall hat der Rechtsanwalt Behauptungen von schwerwiegender Bedeutung, die er von seinem Bürovorsteher erfahren hatte, in einem Schriftsatz als feststehende Tatsache vorgetragen. Das Gericht macht ihm mit Recht zum Vorwurf, daß er die Behauptungen als feststehende Tatsache vortrug. Weiterhin beanstandet es die Unterlassung jeder Erkundigung. Hier ist nicht ersichtlich, ob und welche Erkundigungsmöglichkeiten bestanden. Die Befragung der Partei kann unter Umständen gefordert werden, da bei ihr wegen der Vertrautheit mit der Klageangelegenheit Kenntnisse vermutet werden können. Man sollte aber die an die Erkundigungspflicht gestellten Anforderungen nicht überspannen; auch das RG. warnt davor (vgl. RGSt. 71, 176). Es ist zu bedenken, daß die dem Rechtsanwalt zur Verfügung stehenden Mittel sehr beschränkt sind. Er kann keine Zeugen vernehmen und wird auch in den meisten Fällen die Glaubwürdigkeit der Gewährspersonen nicht sicher feststellen können. Hier kam sein eigener Bürovorsteher als Gewährsmann in Frage, gegen dessen Glaubwürdigkeit er offenbar kein Mißtrauen hatte. Ohne nähere Kenntnis der einzelnen Umstände kann nicht abschließend beurteilt werden, ob das Gericht die Anforderungen an die Erkundigungspflicht zu weit gefaßt hat. Bei der erhöhten Bedeutung, die der Ehrenschutz des einzelnen für die Gemeinschaft gewonnen hat (vgl. Reichsleiter Buch: DJ. 1938, 1662 zu „Ehre der Gemeinschaft"), ist es berechtigt, einen strengen Maßstab gerade bei einem Rechtsanwalt anzulegen. Daß ein Unterschied darin bestehen soll, ob die Behauptung dem Rechtsanwalt von einem Dritten oder von seinem Mandanten vorgetragen ist, vermag ich nicht einzusehen. Es entspricht nicht der geläuterten Auffassung von den Pflichten des deutschen Rechtsanwalts, in ihm nur ein Sprachrohr der Partei zu erblicken, wenn auch die Bedeutung der Bindung an den Mandatsvertrag (vgl. hierzu OLG. Hamburg: JW. 1938, 2035) nicht zu verkennen ist. Eine Neigung der Rspr., die Anforderungen an den Rechtsanwalt sehr weit zu fassen, scheint mir gegeben (vgl. dazu RG.: JW. 1938, 448[5]). Der Rechtsanwalt wird in Zukunft gehalten sein, bei dem Vortrag von ehrenrührigen Behauptungen über den Gegner oder einen Dritten die Form der Behauptung als feststehende Tatsache möglichst zu vermeiden.

StA. Dr. *Mittelbach*, Berlin.

*

7. RG. — § 263 Abs. 4 StGB. führt nur Beispiele eines besonders schweren Falles des Betruges an; auch andere Tatbestände können § 263 Abs. 4 StGB. zur Anwendung kommen lassen.

Rechtlich bedenklich ist die Begründung, mit der das LG. die Annahme eines besonders schweren Falles von Betrug ablehnt. Es hat seine Untersuchung auf *die* Frage beschränkt, ob der Angekl. besonders arglistig gehandelt hat, und ausgeführt, daß der Angekl. bei derart einfachen Leuten, wie die Betrogenen sind, nicht besonders arglistig handeln mußte, um mit seinen plumpen Behauptungen zum Ziele zu kommen. Demgegenüber ist zunächst zu bemerken, daß damit die besondere Arglist nicht verneint ist; denn es kommt darauf an, wie der Angekl. gehandelt hat, nicht darauf, wie er handeln mußte. Es können ferner auch einfache Leute durch plumpe Behauptungen in besonders arglistiger Weise ausgenützt werden. Vor allem aber muß darauf hingewiesen werden, daß die Schwere des Falles in allen möglichen Umständen gefunden werden kann; die im § 263 Abs. 4 StGB. aufgezählten Fälle sollen nur Beispiele sein.

(RG., I. StrSen. v. 30. Sept. 1938, 1 D 757/38.)

*

** **8. RG. — § 266 StGB. Pflichten des öffentlichen Amtes gehen grundsätzlich den persönlichen Belangen vor. Ein Rechtspfleger, der für seine eigene Grundstücksangelegenheiten keine Kosten einzieht, begeht Untreue.**

Der Angekl. war in den Jahren 1934—1937 als Justizinspektor und Rechtspfleger beim GBA. des AG. in L. tätig. In dieser Eigenschaft bearbeitete er auch die Anträge selbst, die sich auf sein eigenes Hausgrundstück bezogen. Er ließ die von ihm insoweit entworfenen Verfügungen lediglich von anderen Gerichtsbeamten unterzeichnen. Die Einforderung von Vorschüssen unterließ er in diesen Fällen, obwohl sie bei dem GBA. in L. schon vor Inkrafttreten der RKostO. v. 25. Nov. 1935, dem 1. April 1936, üblich war. Auch nach Erledigung der Anträge brachte er keine Gebühren und Auslagen in Ansatz, mit Ausnahme eines Falles im Dezember 1935, in dem er zwar die

Kosten berechnete, jedoch die Berechnung nicht unterzeichnen und die Rechnung nicht an die Gerichtskasse gehen ließ.

Die StrK. hat den Angekl. auf Grund dieses Sachverhalts wegen fortgesetzter Untreue verurteilt. Die hiergegen von dem Angekl. eingelegte Rev. ist im Ergebnis unbegründet.

1. Die Rev. rügt mit Recht die Annahme der StrK., der Angekl. habe kraft behördlichen Auftrages die Pflicht gehabt, durch Berechnung und Einforderung der Kosten die Vermögensinteressen des Staates wahrzunehmen. Der Angekl. war kraft Gesetzes von jeglicher Bearbeitung seiner eigenen Grundbuchsachen in seiner Eigenschaft als Grundbuchbeamter ausgeschlossen. Das folgt zwar nicht, wie die Rev. meint, aus dem § 81 Abs. 2 GBO. i. Verb. m. § 49 ZPO.; denn § 81 Abs. 2 GBO. betrifft nur das Beschwerdeverfahren. Der Ausschluß des Angekl. ergibt sich aber für die Zeit ab 1. April 1936 aus dem § 4 Abs. 4a der AllgVfg. v. 8. Aug. 1935 zur GBO. (RGBl. 1089) i. Verb. m. § 6 Ziff. 1 FGG. In der Zeit vor dem 1. April 1936 war das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Grundbuchsachen noch nicht unmittelbar anwendbar, da gemäß § 1 FGG. dessen Vorschriften nur auf Angelegenheiten anzuwenden sind, die durch Reichsgesetz den Gerichten übertragen worden sind. Die Zuständigkeit der Gerichte in Grundbuchsachen beruhte aber damals auf dem Landesrecht (vgl. Art. 1 des PrAG. v. 26. Sept. 1899 zur GBO. [GS. 307]). Für Preußen war jedoch durch Art. 1, 2 PrFGG. v. 21. Sept. 1899 (GS. 249) bestimmt worden, daß u. a. die §§ 6, 7 RFGG. auch auf die durch Landesgesetz übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, also auch auf Grundbuchsachen, anzuwenden seien, und daß diese Bestimmungen auch für UrkB. gälten. Der Angekl. hätte sich hiernach mit der Bearbeitung der eigenen Grundbuchsachen während der ganzen Zeit von 1934—1937 nicht befassen dürfen. Kraft behördlichen Auftrages ist er daher insoweit nicht tätig geworden.

Die Verletzung einer behördlichen Auftragspflicht könnte nur in der Richtung in Betracht kommen, als für den Angekl. aus dem ihm erteilten behördlichen Auftrage, die Grundbuchgeschäfte wahrzunehmen, die Pflicht folgte, solche Aufgaben, die er nicht erledigen durfte, an den hierfür zuständigen Beamten weiterzuleiten. Unterließ er dies, so konnte er dadurch diese Pflicht verletzen. In erster Linie kommt jedoch die Verletzung einer dem Angekl. kraft Treuverhältnisses obliegenden Pflicht in Betracht. Das Verbot, in eigener Sache tätig zu sein, schloß nicht aus, daß der Angekl. kraft seiner Amtsstellung die Treupflicht hatte, die Kostenberechnung und Kosteneinziehung ordnungsgemäß vorzunehmen oder einzuleiten, wenn er nun einmal die Bearbeitung der sein Grundstück betreffenden Anträge freiwillig an sich gezogen hatte. Die Übernahme dieser Aufgabe im Rahmen seiner amtlichen Tätigkeit begründete für ihn ohne weiteres kraft Treuverhältnisses die Pflicht, die Vermögensinteressen des Staates bei ihrer Erledigung wahrzunehmen, ohne Rücksicht darauf, daß ihm die Bearbeitung dieser Sachen verboten war. Das hat der Senat bereits für einen UrkB. ausgesprochen, der einem Verbot zuwider Bargeld an Stelle von Gerichtskostenmarken zur Bezahlung von Kostenrechnungen in Empfang genommen hatte (vgl. RGUrt. 4 D 2/38 v. 5. April 1938: JW. 1938, 1517 [7] = HöchstRRspr. 1938 Nr. 929).

Das Vorbringen der Rev. in diesem Punkte berührt das Urteil daher in seinem Bestande nicht.

2. Auch der Umstand, daß der Angekl. seinen eigenen Vermögensbelangen entgegen handelte, wenn er die Kosten berechnete und ihre Einziehung in die Wege leitete oder diese Aufgabe anderen übergab, vermag weder einen Rechtfertigungsgrund für das Tun des Angekl. auf Grund des bestehenden Interessenwiderstreites abzugeben, noch schließt es das Vorliegen von Pflichtwidrigkeit aus; denn die Pflichten des öffentlichen Amtes gehen grundsätzlich den persönlichen Belangen vor. Es braucht hier nicht erörtert zu werden, ob Fälle denkbar sind, in denen auf Grund des bestehenden Interessenwiderstreites demjenigen, der die Amtspflicht hat, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen, die Wahrnahme dieser Pflichten zum eigenen Nachteil nicht zugemutet werden kann (vgl. RGSt. 65, 333, 335; RGUrt. 5 D 569/34 v. 7. Jan. 1935: HöchstRRspr. 1935 Nr. 904); denn diesen Erwägungen kann jedenfalls dann kein Raum gegeben werden, wenn der Beamte von Gesetzes wegen von der Tätigkeit ausgeschlossen ist, in deren Rahmen die für ihn nachteilige Handlung fällt, er jenen Aufgabenbereich aber gleichwohl bewußt an sich zieht oder es unterläßt, ihn anderen Beamten zu übertragen, obwohl er hierzu die Möglichkeit hat und dazu verpflichtet ist. Unter diesen Umständen führt er den Interessenwiderstreit selbst herbei oder hält ihn aufrecht. Er vermag sich dann keinesfalls auf ihn zur Rechtfertigung seines Tuns zu berufen.

(RG., 4. StrSen. v. 4. Okt. 1938, 4 D 618/38.)

*

9. RG. — Zum Begriff „Hütte" in § 308 StGB. †)

Die Ausführungen, mit denen das LG. dem Wochenendhäuschen die Eigenschaft einer „Hütte" i. S. des § 308 StGB. abspricht, reichen nicht aus. Nach der ständigen Rspr. des RG. gehört zum Wesen einer Hütte, daß das Bauwerk

1. ein selbständiges, unbewegliches Ganzes bildet,
2. eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedeckt,
3. zum Schutz gegen äußere Einwirkungen, besonders zum Abhalten Unbefugter, in einer dem jeweiligen Zweck genügenden Dauerhaftigkeit und Festigkeit ausreichend abgeschlossen ist (RGSt. 17, 179; 32, 128).

Von dieser Begriffsbestimmung geht das LG. auch zutreffend aus. Es nimmt auch die unter Nr. 2 und 3 bezeichneten Merkmale als möglicherweise gegeben an, meint aber, das Häuschen sei deshalb nicht als „Hütte" anzusehen, weil es nicht mit dem Grund und Boden fest verbunden gewesen sei. Die Begründung, die das LG. hierzu gibt, ist aber unzulänglich. Daß das Wochenendhäuschen „kein Fundament i. S. des Baugewerbes" gehabt hat, ist nicht entscheidend. Für die feste Verbindung mit dem Erdboden kann auch eine allein durch die eigene Schwere begründete Verbindung genügen (RGSt. 10, 103 für den Begriff des „Gebäudes" i. S. des § 243 Nr. 2 StGB.). Wie das LG. feststellt, handelte es sich aber bei dem Wochenendhäuschen um „ein aus Holztafeln mit Schrauben zusammengefügtes Gebäude, welches zusammengesetzt durch seine eigene Schwere auf dem Boden stand". Anscheinend war also hier gerade die feste Verbindung mit dem Erdboden durch die eigene Schwere hergestellt, wenn auch das Urteil keine genügenden Feststellungen über die Schwere und die Größe des Häuschens enthält.

Beim Fehlen näherer Feststellungen nach dieser Richtung kann aber auch im übrigen noch nicht abschließend beurteilt werden, ob das Wochenendhäuschen als unbeweglich anzusehen war oder nicht. Anscheinend konnte es ohne größere Schwierigkeiten auseinandergenommen und in diesem Zustand von einer Stelle zur anderen gebracht werden. Daraus ergibt sich aber noch nicht, daß es sich hier um einen beweglichen Gegenstand handelte. Auch der Umstand, daß das Häuschen — unzerlegt — möglicherweise auf Rollen fortzubewegen war, würde es noch nicht ohne weiteres zu einem beweglichen Gegenstand i. S. der Rspr. zum § 308 StGB. machen, zumal da es anscheinend dauernd auf dem Gartengrundstück stehen bleiben sollte; es bestand nur die Möglichkeit, es notfalls auf Rollen fortzuschaffen. Zu Recht weist die Rev. darauf hin, daß bei den Fortschritten der Baukunst heute weitgehend die Möglichkeit besteht, ein Bauwerk auf Rollen fortzubewegen. Man kann deshalb heute die Beantwortung der Frage, ob ein durch seine eigene Schwere mit dem Grund und Boden verbundenes Bauwerk als „Hütte" i. S. des § 308 StGB. anzusehen ist, nicht davon abhängig machen, ob es möglicherweise auf Rollen von einem Ort zum anderen gebracht werden kann. Es ist vielmehr zu prüfen, ob ein solches Bauwerk nach dem Sprachgebrauch

des täglichen Lebens und nach der gesunden Volksauffassung noch unter den Begriff der „Hütte" fällt. Wie in RGSt. 17, 179 (vgl. auch weiter RGUrt. 3 D 148/33 v. 9. März 1933: DRZ. Rspr. 1933 Nr. 266) ausgeführt wird, zeigt die Gleichstellung der „Hütte" in den §§ 306, 308 StGB. mit „Gebäuden" und „Schiffen", daß das Gesetz unter Hütten in diesem Sinne zwar nicht die geringfügigsten ihrer Art mit einbegriffen haben kann, daß vielmehr darunter nur solche Bauwerke fallen sollen, die eine gewisse Bedeutung erreichen; das letztere wird aber im allgemeinen auf Wochenendhäuschen der hier in Betracht kommenden Art zutreffen. Einem solchen Bauwerk ist heute in der Regel eine Bedeutung beizumessen, die einen stärkeren strafrechtlichen Schutz rechtfertigt, als ihn die Strafbestimmungen der §§ 303 ff. StGB. über die Sachbeschädigung gewähren.

(RG., 1. StrSen. v. 16. Sept. 1938, 1 D 487/38.)

Anmerkung: Die Verwendung des Wortes „Hütte" ist im heutigen Sprachgebrauch spärlicher geworden. Wir finden es hauptsächlich in Zusammensetzungen wie Ski-, Senn-, Jagd-, Köhlerhütte und ähnlichen. Der Sprachgebrauch des Gesetzes ist an die Zeit seiner Entstehung gebunden. Aber die Bezeichnung war damals bereits unglücklich gewählt. Das RG. weist schon in RGSt. 17, 179 darauf hin, daß nicht jeder Gegenstand, der als „Hütte" bezeichnet wird, unter den Schutz des § 308 StGB. fällt. Somit schied sich allgemeiner Sprachgebrauch vom Sprachgebrauch des Gesetzes und entstand ein besonderer Begriff der „Hütte im Sinne dieser Bestimmung". Mit Recht prüft die Entscheidung, ob nach dem heutigen Sprachgebrauch und der gesunden Volksauffassung das Wochenendhäuschen die Begriffsmerkmale zeigt, welche die Rspr. für den Begriff Hütte entwickelt hat. Seine Ausführungen werden durch folgende Überlegung bestätigt:

Man bezeichnet das Bauwerk allgemein als Wochenendhäuschen und will durch den Gebrauch der Diminutivform zum Ausdruck bringen, daß es ein kleines Haus darstellt. Es ist dem Oberbegriff des Hauses unterzuordnen und zeigt kleinere Maßverhältnisse und beschränkteren Raumumfang. Die Größe, Festigkeit und Dauerhaftigkeit des gesamten Bauwerks wie der einzelnen Teile ist geringer als bei einem sonstigen Wohnhaus. Diese Unterschiede entsprechen denjenigen, die nach der Rspr. zwischen einem Gebäude und einer Hütte i. S. der §§ 306, 308 StGB. bestehen (vgl. RGSt. 32, 129; Ebermayer, Anm. 6 zu § 306 StGB.).

Ein Haus fordert nach der Volksmeinung die feste Verbindung mit dem Erdboden (vgl. RGSt. 70, 361 = JW. 1937, 167 [24] m. Anm.). Mit Recht wird der Möglichkeit, das Haus auseinanderzunehmen und es evtl. auch auf Rollen im Ganzen abzutransportieren, kein entscheidendes Gewicht beigelegt. Diese außerordentlichen Möglichkeiten beeinflussen den Charakter des Bauwerkes nicht. Auffällig erscheint der Hinweis, daß das Häuschen dauernd auf dem Gartengrundstück stehen sollte. Bisher hat die Rspr. die feste Verbindung mit dem Erdboden — durch Fundamentierung oder auf andere Weise — als ein objektives Merkmal aufgefaßt. Hiermit wird ein subjektives Moment — die Bestimmung des Berechtigten — in die Prüfung hineingetragen.

Die gesteigerte Bedeutung der Wochenendbewegung, insbes. für die Volksgesundheit, läßt einen Vergleich des Wochenendhäuschens mit Bauwerken geringerer Bedeutung wie Buden (RGSt. 10, 104), Obstwächterhütten (RGSt. 17, 179) nicht zu. Zu Recht lehnt daher die Entscheidung ab, dem Wochenendhäuschen den stärkeren Schutz des § 308 StGB. zu versagen.

Der Entscheidung ist somit zuzustimmen.

StA. Dr. Mittelbach, Berlin.

Devisenstrafrecht

10. RG. — §§ 35, 11, 42 DevG.; § 1 Abs. 1, 2, 4 DurchfVO. z. DevG. v. 4. Febr. 1935; § 244 StPO.

1. Ein Deviseninländer ist nicht wegen Verletzung der Anbietungspflicht strafbar, wenn er sich der Werte, die ihm im Ausland angefallen sind, noch vor Rückkehr ins Inland wieder begibt.

2. Zum Begriff des Aushändigens von Zahlungsmitteln an Inländer zugunsten von Ausländern.

3. Zur Frage, wann ein Zeuge „unerreichbar" ist.

I. Die Verletzung der Anbietungspflicht (§§ 35, 42 Ziff. 6 DevG.).

1. Die Verurteilung des Angekl. wegen Vergehens gegen die §§ 35, 42 Ziff. 6 DevG. kann nicht von Bestand bleiben.

Der Angekl. hat die Devisenwerte im Betrage von 32 000 polnischen Zloty, die er nach der Meinung der StrK. hätte anbieten müssen, bei Geschäften in Polen verdient. Die StrK. geht weiter davon aus, daß er diese Werte wieder vollständig in Polen für 97 Eisenbahnwagenladungen von Stroh verausgabt hat, die er nach Deutschland einführte. Gem. § 1 Abs. 4 DurchfVO. z. DevG. v. 4. Febr. 1935 (RGBl. 114) ist nun aber ein Deviseninländer, der sich bei Eintritt seiner Anbietungspflicht, d. h. beim Erwerb jener Werte, im Auslande befindet, nur verpflichtet, spätestens eine Woche nach der Rückkehr in das Inland anzubieten. Entäußert er sich bereits vor der Rückkehr ins Inland dieser Werte wieder, so wird seine Anbietungspflicht nicht mehr wirksam (vgl. RGUrt. 1 D 726/37 v. 14. Dez. 1937: JW. 1938, 505 [9]).

Hier ist nun aus dem Urteil nicht ersichtlich, ob der Angekl. die in Polen erworbenen Werte jeweils sofort, bevor er nach ihrem Erwerbe nach Deutschland zurückkehrte, in Strohkäufen angelegt hat. Dann hätte er sich nicht wegen Verletzung der Anbietungspflicht strafbar gemacht. Die StrK. wird in dieser Richtung daher zunächst die noch fehlenden Feststellungen zu treffen haben. Eine Bestrafung aus den §§ 9 Abs. 2, 42 Nr. 3 DevG. wegen Verwendens der in Polen verdienten 32 000 Zloty zur Bezahlung von Strohkäufen in Polen schied, wie offenbar auch die StrK. angenommen hat, hier deshalb aus, weil der Angekl. ausländischer Staatsangehöriger ist, daher gem. § 4 Abs. 1 StGB., § 48 DevG. wegen der im Auslande begangenen Devisenvergehen nicht bestraft werden kann.

2. Auf die zum Falle 1 erhobene Verfahrensrüge kommt es nicht mehr an, da bereits wegen sachlich-rechtlicher Mängel aufgehoben werden muß. Es mag jedoch darauf hingewiesen werden, daß die Ablehnung des Beweisantrages auf Vernehmung des in Polen wohnhaften Br., mit dem der Angekl. seine Geschäfte in Polen ab Mai 1935 betrieben haben will, unzureichend begründet worden ist. „Unerreichbar" ist ein Zeuge nur, wenn alle der Bedeutung des Zeugnisses entsprechenden Bemühungen des Gerichts zur Beibringung des Zeugen ohne Erfolg geblieben sind und auch für die Zukunft keine begründete Aussicht besteht, daß der Zeuge in absehbarer Zeit werde beigebracht werden können (RGUrt. 4 D 1016/37 v. 22. Febr. 1938: HöchstRRspr. 1938 Nr. 790). Daß diese Voraussetzung hier erfüllt war, kann um so weniger angenommen werden, als der Angekl. durch Benennung des RA. Dr. K. in B. als Zeugen unter Beweis gestellt hatte, daß Br. diesem ausdrücklich erklärt habe, er werde vor Gericht in B. erscheinen, wenn er geladen würde. Diese Beweisbehauptung hat das Gericht, wie die Sitzungsniederschrift ergibt, als wahr unterstellt.

Durch die unter das Zeugnis Br. gestellten Behauptungen über den Aufenthalt des Angekl. in Polen würde allerdings noch nicht ausgeschlossen worden sein, daß der Angekl. dennoch seinen Wohnsitz in Deutschland hatte, falls er während dieser Geschäfte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Polen gehabt haben sollte. Dann wäre der Angekl. gegebenenfalls gleichzeitig Deviseninländer und Devisenausländer gewesen. Es galten dann für ihn grundsätzlich

die für beide Fälle gegebenen Vorschriften, und er hätte sich in der von der StrK. angenommenen Weise strafbar machen können (RGSt. 70, 363/365 = JW. 1937, 317[11] m. Anm.).

II. Ungenehmigte Aushändigung von Zahlungsmitteln an einen Inländer im Inland zugunsten eines Ausländers (§§ 11 Abs. 1, 42 Nr. 3 DevG.).

In diesem Falle bestehen gegen die Verurteilung keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Die StrK. stellt fest, daß der Angekl. einmal 33 000 *RM* und weiter 52 000 *RM*, die im Betrage von etwa 50 000 *RM* zur Bezahlung polnischer Lieferanten von Landeserzeugnissen „bestimmt" waren, an H., der damals noch Deviseninländer war, im Inlande ausgehändigt hat.

Dieser Sachverhalt rechtfertigt die Verurteilung wegen Vergehens gegen § 11 Abs. 1 DevG. Zwar ist nicht dargetan, daß die ausländischen Gläubiger der Gelder durch die Aushändigung an H. im Rechtssinne begünstigt wurden. Der erk. Sen. hat jedoch bereits in RGSt. 70, 88 = JW. 1936, 1051[6] m. Anm. ausgeführt, daß der Tatbestand auch durch ein tatsächliches Aushändigen bereits erfüllt wird, wenn die Zahlungsmittel gerade deshalb dem anderen ausgehändigt werden, weil der Aushändigende will, daß der Empfänger sie einem Ausländer in einer devisenrechtlich strafbaren Weise zukommen lasse. An dieser Entsch. hält der Sen. auch gegenüber den im Schrifttum geltend gemachten Bedenken fest, wie er bereits in dem zum Abdruck bestimmten Urteil 4 D 766/37 v. 15. Juli 1938 (JW. 1938, 2467[4] m. Anm.) mit eingehender Begründung ausgesprochen hat. Zwar gehört zum inneren Tatbestande in so gelagerten Fällen, wie auch aus der Entsch. RGSt. 70, 88 (JW. 1936, 1051[6] m. Anm.) hervorgeht, daß der Aushändigende den Zweck verfolgt, daß die Zahlungsmittel einem Ausländer zukommen sollen. Eine hierauf gerichtete Absicht ist aber als ausreichend festgestellt aus dem Urteil zu entnehmen; denn der Angekl. hatte die Geschäfte selbst in Polen abgeschlossen, verdiente an ihnen erhebliche Provisionen (nach seinen eigenen Angaben 10 000 bis 12 000 *RM*) und wirkte auch an der auf Umwegen vorgenommenen getarnten Aushändigung der den Gegenwert darstellenden Gelder an H. mit. Wenn es daher wiederholt im Urteil heißt, daß die von dem Angekl. an H. übergebenen Gelder „zu einem wesentlichen Teile" zur Bezahlung der ausländischen Lieferanten „bestimmt" waren, so will das Urteil offenbar damit zum Ausdruck bringen, daß auch der Angekl. die Gelder mit diesem Bestimmungszweck an H. aushändigte.

III. Wertpapiergeschäfte (§§ 11 Abs. 2, 20 Abs. 1, 42 Nr. 3 DevG.).

Die StrK. nimmt an, daß der Angekl. deutsche Wertpapiere aus ausländischem Besitz im Werte von zusammen etwa 29 000 *RM* von dem damals bereits in das Ausland nach Prag geflüchteten H. zwecks Verkaufes in Deutschland übermittelt erhalten, daß er sie im eigenen Namen unter Inanspruchnahme von Mittelsmännern in Deutschland ohne Genehmigung veräußert und den Erlös nach Abzug der Spesen und seines Verdienstes sodann dem H. wieder zugeführt habe.

Die rechtliche Würdigung dieses Sachverhaltes durch die StrK. gibt in folgenden Richtungen zu Bedenken Anlaß:

a) In dem Veräußern der Wertpapiere für Rechnung des Ausländers H. lag zwar, wie die StrK. mit Recht annimmt, ein Vergehen gegen §§ 25 Abs. 1, 42 Nr. 3 DevG. Dieses Vergehen wurde aber aufgezehrt durch das hieran anschließende Vergehen gegen § 11 Abs. 1 DevG.: die Aushändigung des Erlöses zugunsten des H. an einen Inländer im Inlande; denn nach dem Grundsatz, daß die Verwirklichung des Tatbestandes einer dem schädigenden Enderfolge näheren Gefahrenlage eine Bestrafung wegen Herbeiführens einer diese nur vorbereitenden entfernteren Gefahrenstufe ausschließt, muß die Bestrafung auf das Aushändigen des Erlöses als die weitergehende Gefährdungshandlung beschränkt bleiben (RGSt. 67, 401, 406 = JW. 1934, 104[13]; RGSt. 68, 136, 147/149 = JW. 1934, 1786[10] m. Anm.; RGSt. 68, 315, 319 = JW. 1934, 3059[10] u. 3286[27]).

Die StrK. hat sich zwar auch auf diese Rspr. bezogen, sie aber in ihrer Bedeutung verkannt, indem sie von einer „Tateinheit in der besonderen Form der Subsidiarität" spricht. Da keine Tateinheit, sondern vielmehr Aufzehrung anzunehmen ist, so entfällt die Verurteilung aus § 25 Abs. 1 DevG. in der Entscheidungsformel.

b) Zu Unrecht hat die StrK. ferner auch aus § 19 Abs. 2 DevG. verurteilt. Diese Bestimmung versteht unter „Einlösen" nur ein Tun des Schuldners der Zinsscheine, nicht die „Einziehung" des Gegenwertes von der Gläubigerseite her (RGSt. 70, 385, 388 = JW. 1937, 628[16] m. Anm.). Es käme dagegen bei dem Angekl. ein Vergehen gegen § 19 Abs. 1 DevG. in Frage. Jedoch würde auch dieses durch § 11 Abs. 1 DevG., d. h. die nachträgliche Aushändigung des Zinsscheinerlöses an einen Inländer zugunsten des Ausländers aufgezehrt werden (RGSt. 70, 385, 389 = JW. 1937, 628[16] m. Anm.).

Die Verurteilung aus § 19 Abs. 2 DevG. muß hiernach in der Formel gestrichen werden.

c) Im Ergebnis zu Recht hat die StrK. in den Urteilsgründen angenommen, der Angekl. habe auch gegen den § 20 Abs. 1 DevG. verstoßen.

Dieses Vergehen lag allerdings nicht in der Annahme des Verkaufserlöses für die Wertpapiere; denn da der Angekl., wie aus dem Urteil zu entnehmen ist, die Veräußerung der Wertpapiere nur im eigenen Namen vorgenommen hat, so verfügte er durch Annahme des Verkaufserlöses über keine zugunsten eines Ausländers entstandene Forderung, vielmehr lediglich über den unter seinem eigenen Namen begründeten Anspruch auf Zahlung des Erlöses (RGSt. 67, 401, 402 = JW. 1934, 104[13]; RGSt. 68, 136, 140, 143/144 = JW. 1934, 1786[10] m. Anm.).

In der Zuführung des Erlöses an H., sei es, daß er ihm den Betrag im Auslande selbst aushändigte oder an inländische empfangsberechtigte Beauftragte H.s im Inlande auszahlte, lag jedoch die Verfügung über eine auf Reichsmark lautende Forderung, die zugunsten des H., also eines Ausländers, durch die Veräußerung von Wertpapieren entstanden war; denn auf Grund des ihm von H. erteilten Verkaufsauftrags war er nach § 667 BGB. zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet, mindestens aber entstand durch den Verkauf und die Annahme des Erlöses ein Herausgabeanspruch des H. auf Grund ungerechtfertigter Bereicherung, über den der Angekl. durch Befriedigung verfügte (vgl. dazu RGSt. 67, 401, 402/403 = JW. 1934, 104[13]; RGSt. 68, 136, 140, 143/145 = JW. 1934, 1786[10] m. Anm.); RGSt. 69, 210, 211 = JW. 1935, 1031[18] m. Anm.).

Der Angekl. hat daher auch den Tatbestand des § 20 Abs. 1 i. Verb. m. § 42 Nr. 3 DevG. verwirklicht. Dieses Vergehen ist durch dasselbe Tun verwirklicht worden, das auch den Tatbestand des § 11 Abs. 1 bildet. Diese beiden Vergehen stehen daher in Tateinheit miteinander. Da die Verurteilung aus § 20 Abs. 1 DevG. in der Urteilsformel nicht zum Ausdruck gekommen ist, so ist dieser Ausspruch vom RevG. im Wege der Berichtigung nachzuholen.

IV. Strafausspruch.

1. Das Urteil bietet keinen hinreichenden Anhalt dafür, daß die StrK. die von der Rspr. des RG. entwickelten Grundsätze verkannt hätte, nachdem zu beurteilen ist, ob bei Devisenvergehen ein besonders schwerer Fall vorliegt (vgl. u. a. RGUrt. 1 D 772/35 v. 25. Okt. 1935: JW. 1936, 463[26]; 4 D 446/36 v. 26. Juni 1936: HöchstRRspr. 1936 Nr. 1608; 1 D 549/36 v. 28. Aug. 1936: JW. 1936, 3547[13]; 1 D 671/37 v. 3. Dez. 1937: HöchstRRspr. 1938 Nr. 497). Die Rev. der Devisenstelle als Nebenkl. ist hiernach unbegründet.

2. Die StrK. hat jedoch nicht beachtet, daß für Geldstrafen, die als durch die Untersuchungshaft verbüßt gerechnet werden, Ersatzfreiheitsstrafen zu bestimmen sind. Die früher abweichende Rspr. (vgl. RGSt. 68, 1/2 = JW. 1934, 431[29]) ist aufgegeben worden (RGUrt. 3 D 971/36 v. 12. April 1937: JW. 1937, 1835[121] = DJ. 1937, 819). Soweit keine

Ersatzfreiheitsstrafen bestimmt worden sind, muß daher der Strafausspruch auch in den Fällen 2 und 3 aufgehoben werden.

(RG., 4. StrSen. v. 20. Sept. 1938, 4 D 142/38.)

Steuerstrafrecht

11. RG. — §§ 402, 396, 410 RAbgO. Wer in der Vertrauensstellung eines Steuerberaters mit der Buchführung für einen Gewerbetreibenden beauftragt ist, übernimmt die Verantwortung für die Ordnungsmäßigkeit und Richtigkeit der Buchführung. †)

1. Der Angekl. war als Steuerberater für den Webereibesitzer K. tätig. Es lag ihm vertraglich ob, K. in allen persönlichen Steuerangelegenheiten verbindlich zu vertreten, die Buchführung seines Betriebes zu überwachen, an Hand der Bücher die Eintragungen in das Hauptbuch vorzunehmen, die Bilanzen aufzustellen und die erforderlichen Steuererklärungen für K. abzugeben.

a) Dem Angekl. war es bekannt, daß nach einer Entsch. des FinGer. von dem Gehalt des Prokuristen nur ein Betrag von 6000 *RM* auf Unkostenkonto verbucht werden durfte. Er arbeitete trotzdem einen Mehrbetrag von 1800 *RM* derartig in die Bilanz und in die Gewinn- und Verlustrechnung für 1934 ein, daß er sich auf dem Handlungsunkostenkonto findet und der Saldo auf dem Kreditorenkonto ohne Gegenbuchung rechnerisch absichtlich um 1800 *RM* zu hoch ausgewiesen wurde. Das Gericht hat auf Grund der Einzeldarlegungen eines sachverständigen Zeugen die Überzeugung gewonnen, daß die vom Angekl. angewandte Art der Verbuchung eine bewußte Falschbuchung darstellt. Es hebt dabei ausdrücklich hervor, daß der Angekl. irgendwelche sachlichen Erklärungen, die sein Vorgehen in buchungstechnischer Hinsicht erklären könnten, nicht abgeben konnte. Die StrK. kommt zu dem Ergebnis, daß durch die unrichtige Buchführung eine Verkürzung der Einkommensteuereinnahme des Reiches um 1120 *RM* verursacht worden ist. Das Urt. legt weiter dar, daß der Angekl. diese vorsätzliche Bewirkung der Verkürzung von Steuereinnahmen, die zum Vorteil des K. erfolgt ist, mit eigenem Täterwillen verwirklicht hat. Damit ist eine Zuwiderhandlung des Angekl. gegen den § 396 RAbgO. rechtlich bedenkenfrei nachgewiesen.

b) Der Angekl. stellte weiter in die Bilanzen für 1933, 1934 und 1935 die Warenbestände derart ein, daß sie sowohl mengen- als auch wertmäßig hinter den richtigen Beträgen erheblich zurückblieben. Die StrK. erblickt ein Verschulden des BeschwF. darin, daß er die ihm vom Prokuristen übergebenen unrichtigen Inventuraufstellungen ohne jegliche Nachprüfung übernommen hat. Dieser Würdigung liegt die zutreffende Auffassung zugrunde, daß derjenige, der in der Vertrauensstellung eines Steuerberaters mit der Buchführung für einen Gewerbetreibenden beauftragt ist, die Verantwortung für die Richtigkeit und Ordnungsmäßigkeit der Buchführung übernimmt. Wenn das Gericht betont, daß der Angekl. sich alsbald nach Übernahme seiner Steuerberatertätigkeit für K. gegen weitere Buchprüfungen durch das FinA. verwahrte und die Steuererklärungen mit seinem Namen deckte, so liegt darin zugleich die Feststellung, daß er sich bewußt war, seinerseits die Verantwortlichkeit in steuerlicher Hinsicht zu tragen. Zu Unrecht beruft die Rev. sich demgegenüber auf die Entsch. des erk. Sen. v. 6. Juni 1932, 2 D 567/32; sie betrifft einen Fall, in dem der Angekl. nicht als Steuerberater tätig war, sondern nur mit rein rechnungsmäßigen Übertragungen und Zusammenstellungen beauftragt war. Die StrK. hebt im vorl. Falle noch eine Reihe von Umständen hervor, auf Grund deren hier der Angekl. zu besonderer Sorgfalt hätte gehalten sein müssen. Das Urt. weist darauf hin, daß der Prokurist i. J. 1934, wie der Angekl. wußte, die Erhöhung der Versicherungssumme für das Warenlager von 60000 auf 80000 *RM* beantragt hatte. Die vom Angekl. aufgestellten Bilanzen weisen andererseits für 1933 bis 1935 eine ständige Verminderung des Warenlagers auf und führen in der Bewertung von über 47000 *RM* schließlich auf etwa über 40000 *RM* herab. Wie dem Urt. zu entnehmen ist, hat er aber niemals Veranlassung genommen, dieses offenbare Mißverhältnis durch Rückfragen aufzuklären und die Bestandsaufnahmen auch nur irgendwie einer Nachprüfung zu unterziehen. Dazu kommt, daß der Angekl. — wie die StrK. ausführt — durch den bei Aufstellung der Bilanz für 1935 mit dem Prokuristen geführten Schriftwechsel erkennen mußte, daß dieser zur Steuerunehrlichkeit neigte; aber auch trotz dieses Umstandes hat er sich weiterhin voll auf die Richtigkeit der ihm von diesem Prokuristen zugeleiteten Aufstellungen verlassen und sich nicht darüber vergewissert, ob sie auf ordnungsmäßigen Unterlagen beruhen. Die StrK. konnte auf Grund aller dieser Erwägungen ohne Rechtsirrtum und insbes. auch ohne Überspannung der an den Angekl. zu stellenden Anforderungen (RGSt. 61, 259, 262) zu der Überzeugung gelangen, daß er die ihm als Steuerberater und Buchprüfer obliegenden Pflichten fahrlässig mangelhaft erfüllt hat. Ist dem Angekl. aber die unzutreffende Bewertung des Warenlagers infolge Fahrlässigkeit unbekannt geblieben, dann ist auch die weitere Feststellung der StrK. nicht zu beanstanden, daß der BeschwF. bei Anwendung der gebotenen und ihm nach Lage der Sache auch möglichen Sorgfalt hätte voraussehen können, daß die falschen Aufstellungen, wie sie tatsächlich benutzt worden sind, zu einer Steuerverkürzung führen konnten. Damit sind die Voraussetzungen des § 402 RAbgO. hinreichend nachgewiesen.

2. Der BeschwF. nimmt schließlich noch den Schutz des § 410 RAbgO. für sich in Anspruch, dessen Anwendbarkeit die StrK. geprüft, aber verneint hat. Die Rev. bezeichnet es als eine Voraussetzung für die Versagung der Straffreiheit aus dieser Bestimmung, daß gegen den Angekl. selbst bereits eine Untersuchung im Gange gewesen sei, als er seine Anzeige erstattete, und vermißt eine dahingehende Feststellung im Urt. Dieses Vorbringen ist abwegig. Die StrK. stellt darauf ab, daß der Angekl. hinsichtlich der Richtigstellung der Falschbuchung über 1800 *RM* von sich aus überhaupt nichts veranlaßt hat, und daß in dem Zeitpunkt, als er die Angabe des Warenlagers berichtigte, das FinA. bereits auf Grund der Mitteilung des Bücherrevisors E. über voraussichtlich erfolgende Bilanzberichtigungen ein Verfahren eingeleitet und die Ermittlungen, offensichtlich nach Steuerhinterziehungen im K.schen Betriebe, aufgenommen hatte. Wenn das Urteil dann fortfährt, daß der Angekl. unter diesen Umständen mit einer unmittelbaren Gefahr der Entdeckung, d. h. seiner vorstehend erörterten Steuerverfehlungen, „rechnen mußte“, so kommt diesen Ausführungen nach dem Zusammenhange erkennbar die Bedeutung zu, daß der Angekl. sich der unmittelbaren Gefahr der Entdeckung bewußt gewesen ist.

(RG., 2. StrSen. v. 4. Juli 1938, 2 D 68/38.)

Anmerkung: 1. Entscheidend für die steuerstrafrechtliche Haftung eines Fachanwalts für Steuerrecht, Steuerberaters oder Helfers in Steuersachen ist nach ständiger Rspr. des RG. die Frage, welchen Inhalt der Steuerauftrag hatte. Daher muß in allen Fällen genauestens geklärt werden, welche Verpflichtungen der Steuerberater übernimmt.

2. Ist der Steuerberater vertraglich verpflichtet, den Steuerpflichtigen in allen persönlichen Steuerangelegenheiten verbindlich zu vertreten, die Buchführung seines Betriebes zu überwachen, an Hand der Bücher die Eintragung in das Hauptbuch vorzunehmen, die Bilanzen aufzustellen und die erforderlichen Steuererklärungen abzugeben, so hat der Steuerberater die Erledigung sämtlicher steuerlicher Pflichten, die den Steuerpflichtigen treffen, vertraglich übernommen.

3. Die Übernahme einer solchen Verpflichtung befreit den Steuerpflichtigen keineswegs, auch seinerseits für ordnungsmäßige Erfüllung der Steuerangelegenheiten Sorge zu tragen, insbes. den Steuerberater dahingehend zu überwachen, ob dieser auch seine Pflicht erfüllt. Der Steuerpflichtige wird durch die Übertragung der Erledigung steuerlicher Angelegenheiten auf einen Dritten nur dann steuerstrafrechtlich befreit, wenn der Dritte erkennbar ein zuverlässiger Steuersachbearbeiter ist und wenn auch der Steuerpflichtige seinerseits dem Steuerberater (Fachanwalt für Steuerrecht) die nötigen Unter-

lagen zur Erledigung der steuerlichen Pflichten in die Hand gibt.

4. In dem zur Anzeige gestellten Fall hatte der Steuerberater alle steuerlichen Pflichten zu erfüllen. Der Steuerberater wußte, daß nach einer Entsch. des FinGer. von dem Gehalt des Prokuristen nur 6000 *RM* auf Unkosten zu verbuchen sind, während der darüber hinausgehende Betrag als Privatentnahme des Geschäftsinhabers zu verbuchen war. Trotzdem versuchte der Steuerberater, durch buchungstechnische Manipulationen den überschießenden Betrag als Betriebsausgabe in die Buchhaltung einzuarbeiten, ohne daß der Steuerberater auch nur irgendeinen sachlichen Grund hierfür anzugeben vermochte. Da die Entsch. der Steuerbehörden keine Rechtskraft für die Beurteilung des gleichen Tatbestandes im kommenden Steuerabschnitt macht, wäre es durchaus möglich gewesen, daß der Steuerberater auf Grund der Entwicklung der Verhältnisse eine vom FinGer. abweichenden Standpunkt vertreten hätte. Dies hätte auch ohne steuerstrafrechtliche Folgen geschehen können, wenn der Steuerberater bei Abgabe der Steuererklärung auf die abweichende Stellungnahme begründet hingewiesen hätte.

Die vom Steuerberater aufgestellten Bilanzen gaben die Warenbestände für drei Jahre falsch an. Es stimmte weder die Menge noch der Wert. Beides blieb erheblich hinter den richtigen Beträgen zurück. Der Prokurist des Steuerpflichtigen hatte dem Steuerberater Inventuraufstellungen übergeben, die unrichtig waren. Der Steuerberater hatte die Inventuren ungeprüft übernommen. Die Bilanzen ergaben eine ständige Verminderung des Warenlagers, während, wie der Steuerberater wußte, die Versicherungssumme für das Warenlager im letzten Jahre erheblich erhöht worden war. Endlich war dem Steuerberater bekannt, daß der Prokurist des Steuerpflichtigen zu Steuerunehrlichkeiten neigte.

Unter diesen Umständen wäre es angezeigt gewesen, daß der Steuerberater entweder von sich aus die Inventuraufstellungen und Bewertungen durchgegangen wäre oder wenn er dem Steuerpflichtigen selbst seine Bedenken gegen die Richtigkeit der Inventuraufstellungen des Prokuristen hinsichtlich der Menge und der Bewertung mitgeteilt hätte. Dann wäre es Sache des Steuerpflichtigen gewesen, sich mit seinem Prokuristen auseinanderzusetzen und nochmals die Richtigkeit der Mengenfeststellung und der Bewertung zu überprüfen. Wenn demgegenüber der Steuerberater überhaupt keinerlei Sorgfalt aufwendet, vielmehr die Ziffern eines zur Unehrlichkeit neigenden Prokuristen übernimmt, handelt er schuldhaft.

5. Der Steuerpflichtige zog einen Bücherrevisor hinzu, der dem FinA. mitteilte, daß voraussichtlich Bilanzberichtigungen erfolgen würden. Später berichtigte der unsorgfältige Steuerberater seine Angaben hinsichtlich des Warenlagers. Auf Grund dieses Tatbestandes wollte der Steuerberater den Schutz des § 410 RAbgO. für sich in Anspruch nehmen. Das RG. hat die Anwendbarkeit des § 410 RAbgO. mit der Begründung abgelehnt, daß der Steuerberater bei der Abgabe der Berichtigungserklärungen hinsichtlich des Warenlagers sich der unmittelbaren Gefahr der Entdeckung bewußt gewesen ist. Denn nach ständiger Rspr. des RG. ist für die Anwendbarkeit des § 410 RAbgO. nach der subjektiven Seite hin vorauszusetzen, daß der Täter zu der Berichtigung durch keine unmittelbare Gefahr der Entdeckung veranlaßt wird. „Eine Entdeckung, von der der Täter nichts weiß, und die auch noch zu keiner Anzeige oder Untersuchung geführt hat, steht der Straffreiheit nicht im Wege" (so „Handbuch des Steuerrechts", § 410 Anm. 1 RAbgO.).

RA. u. Notar Dr. Dr. Megow, Berlin, Fachanwalt für Steuerrecht.

*

12. RG. — § 410 RAbgO. Holt der Täter die unterlassene Angabe nicht einfach so, wie sie richtigerweise hätte gemacht werden müssen, nach, sondern macht er falsche Angaben, um die Steuerhinterziehung zu verschleiern, so reicht ein solches Verhalten nicht aus, ihm die Straflosigkeit nach § 410 RAbgO. zu sichern. †)

(RG., 3. StrSen. v. 27. Juni 1938, 3 D 387/38.)

Anmerkung: 1. Nach dem Tatbestande hatte ein Buchhalter Zuckermengen, für die er die Steuern hinterzogen hatte, als im folgenden Monat ausgegangen verbucht und zur Versteuerung angemeldet. Der Buchhalter nahm auf Grund dieses Tatbestandes die Rechtswohltat der tätigen Reue aus § 410 RAbgO. in Anspruch.

2. Straffrei bleibt nach dieser Bestimmung, wer in den Fällen einer Steuerhinterziehung, bevor er angezeigt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet ist, unrichtige oder unvollständige Angaben bei der Steuerbehörde, ohne dazu durch eine unmittelbare Gefahr der Entdeckung veranlaßt zu sein, berichtigt oder ergänzt oder unterlassene Angaben nachholt. Zu entscheiden war vom RG. also die Frage, ob die Tatsache der Nachverbuchung mit dem Buchungsdatum der Nachverbuchung als Ausübung der tätigen Reue anzusprechen sei. Das RG. hat das Vorliegen der tätigen Reue verneint, weil der Buchhalter falsche Angaben machte, um die Steuerhinterziehung zu verschleiern. Hätte der Buchhalter an Stelle der Nachbuchungen mit falschem Datum die Nachbuchungen mit dem Datum des Ausgangs der Zuckermengen vorgenommen und lediglich die Tatsache der Nachholung der Buchungen dem FinA. angezeigt und rechtzeitig die Zuckersteuer nachentrichtet, so wäre der Buchhalter straffrei geblieben.

3. Die Anzeige der Nachholung von Buchungen ist nur dann erforderlich, wenn infolge der unterlassenen Buchungen eine unrichtige Steuererklärung bzw. eine unrichtige Voranmeldung (die Voranmeldung gilt als Steuererklärung) herausgegangen ist. Wird also z. B. ein umsatzsteuerpflichtiger Vorgang im Okt. 1938 nicht gebucht und wird die Nichtbuchung im Nov. 1938 im Betrieb bemerkt, so muß die Nachbuchung mit dem richtigen Datum (Oktoberdatum) erfolgen. Es muß aber auch, wenn hinsichtlich der Unterlassung der Buchung Vorsatz oder Fahrlässigkeit vorliegen könnte, dringend empfohlen werden, den Steuerbehörden Nachricht von der Nachholung der Buchung mit der Bemerkung zu machen, daß entweder eine besondere Zwischenveranlagung hinsichtlich der Steuerfolgen aus der unterlassenen Buchung beantragt werde oder daß gebeten werde, im Interesse der Vereinfachung des Verfahrens die auf die unterlassenen Buchungsbeträge z. B. anfallenden Umsatzsteuern bei der nächsten Steuerzahlung nachzuentrichten.

Jedenfalls ist der Steuerpflichtige stets geschützt, wenn er den Tatbestand der Nachholung von Buchungen den Steuerbehörden wahrheitsgemäß und rechtzeitig anzeigt.

RA. u. Notar Dr. Dr. Megow, Berlin, Fachanwalt für Steuerrecht.

Strafprozeßordnung

13. RG. — §§ 141, 218 StPO. Auf die Ladung des Verteidigers kann verzichtet werden. Ist im Falle notwendiger Verteidigung der Verteidiger nicht geladen, nicht anwesend und auch kein anderer Verteidiger bestellt, so ist dieser Mangel ein absoluter Revisionsgrund.

Der § 218 Abs. 1 StPO. ist verletzt worden. Zwar kann der Angekl. auf die Ladung seines Verteidigers — auch stillschweigend — verzichten. Durch einen nachträglich ausgesprochenen Verzicht wird der Mangel der unterbliebenen Ladung geheilt. Ein solcher Verzicht ist aber keinesfalls anzunehmen, wenn dem Angekl. der Mangel gar nicht bekannt gewesen ist (RGSt. 43, 162; 53, 264, 265; vgl. auch RGUrt. 2 D 473/33 v. 22. Juni 1933: JW. 1933, 2010[14]). Hier ist der Angekl. von dem Mangel nicht unterrichtet worden.

Überdies hätte das Gericht den Angekl., der rechtsunkundig und schwerhörig ist, auch über sein Recht, Aussetzung gem. § 265 Abs. 3 StPO. zu beantragen, belehren müssen (vgl. RGSt. 67, 310, 313/314 = JW. 1934, 303[1]) und unter Umständen die Verhandlung gem. § 265 Abs. 4 StPO. von Amts wegen aussetzen müssen (vgl. RGSt. 65, 246, 247). Auch insoweit sind die Verfahrensvorschriften offenbar nicht beachtet worden.

Die Abwesenheit eines nach § 141 StPO. bestellten Verteidigers in der Hauptverhandlung, auf dessen Ladung und Anwesenheit der Angekl. nicht verzichtet hat, bildet einen zwingenden Revisionsgrund nach § 338 Ziff. 5 StPO.; denn aus § 145 Abs. 1 StPO. folgt, daß ein nach § 141 StPO. bestellter Verteidiger, der trotz Ladung ausbleibt oder sich unzeitig entfernt, durch einen anderweit bestellten Verteidiger ersetzt werden muß. Die Anwesenheit des nach § 141 StPO. bestellten, gem. § 218 StPO. geladenen Verteidigers ist hiernach, soweit kein Verzicht vorliegt, i. S. des § 338 Ziff. 5 StPO. vom Gesetz vorgeschrieben (RGSt. 63, 248, 249/250). Das muß aber erst recht für den Fall gelten, daß der nach § 141 StPO. bestellte Verteidiger nicht einmal geladen worden ist (vgl. RGUrt. 2 D 473/33 v. 22. Juni 1933: JW. 1933, 2010[14]). Eine gegenteilige Auffassung wird auch in RGSt. 53, 264, 265 nicht vertreten. In jenem Falle hat der 2. StrSen. allerdings keinen unbedingten Revisionsgrund angenommen, obwohl der bestellte und demnächst gewählte Verteidiger in einem Falle notwendiger Verteidigung zur Hauptverhandlung nicht geladen worden war. Es war aber für die Verhandlung ein anderer Verteidiger bestellt worden und in der Verhandlung anwesend. Der Sachverhalt des § 338 Ziff. 5 StPO. war also nicht gegeben. Es mußte daher in jenem Falle das Beruhen auf dem Verstoß gegen § 217 StPO. a. F. (§ 218 Abs. 1 StPO. n. F.) geprüft werden.

(RG., 4. StrSen. v. 4. Okt. 1938, 4 D 684/38.)

*

14. OLG. — § 337 StPO. Die Angemessenheit der Strafe ist der Nachprüfung durch das RevG. entzogen. Die innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens ausgesprochene Strafe ist ein Teil der zum Straftatbestand gehörenden Strafdrohung.

Die Rev. ist auf das Strafmaß beschränkt. Sie rügt, die Strafkammer habe die bevölkerungspolitischen Schäden der Abtreibung nicht genügend berücksichtigt, indem sie die Angekl. nur mit zwei Monaten Gefängnis, also milder als für den leichtesten Einbruchsdiebstahl bestraft und bei der Strafzumessung nur die persönlichen Strafmilderungsumstände erörtert habe, ohne diese gegen die völkischen Belange abzuwägen.

Die Rev. ist unbegründet. Das RevG. ist nach dem geltenden Recht darauf beschränkt, nachzuprüfen, ob der Tatrichter Rechtssätze bei der Gesetzesanwendung verletzt hat, sei es beim Schuldausspruch oder bei der Strafzumessung. Das ist in diesem Falle nicht geschehen. Ob der Tatrichter innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens für eine bestimmte Tat eine höhere oder niedrigere Strafe festsetzt, ist seinem richterlichen Ermessen überlassen, das der Nachprüfung in der RevInst. entzogen ist. Daß die Strafkammer bei der Strafzumessung nur die persönlichen Milderungsgründe erwähnt und ihnen gegenüber nicht die allgemeinen bevölkerungspolitischen Belange als strafschärfend hervorgehoben hat, ist keine Rechtsverletzung. Das RG. hat im Gegenteil ständig, so noch in der Entsch. RGSt. 70, 290 = JW. 1936, 2714[14] daran festgehalten, daß der gesetzgeberische Grund, der für die Schaffung eines Straftatbestands und dabei auch für die Strafdrohung maßgebend gewesen ist, bei der Abtreibung also die Schwächung der Volkskraft, im Einzelfall nicht nochmals als Strafschärfungsgrund gelten darf. Strafschärfend dürfen nur Umstände herangezogen werden, die die einzelne Tat gegenüber anderen gleichartigen Taten strafwürdiger erscheinen lassen. Rechtsirrig ist vor allem die Ansicht der Rev., die Abtreibung dürfe nicht milder bestraft werden als harmlosere andere Vergehen, wie z. B. ein leichter Einbruchsdiebstahl. Diese Meinung der Rev. könnte nur durch ein neues Gesetz verwirklicht werden, das den Strafrahmen im § 218 StGB. erhöht.

Nichts anderes ergibt sich aus der Entsch. des RG. in RGSt. 72, 149 = JW. 1938, 1239[1], auf die die Rev. verweist. In jenem Falle ging es nicht um die angemessene Strafe innerhalb eines Strafrahmens, sondern darum, daß der Tatrichter an Stelle der Zuchthausstrafe, die nach den gesamten Strafdrohungen im BlutschutzG. als Regel zu gelten hat, auf die als Ausnahme zugelassene Gefängnisstrafe erkannt und dabei als strafmildernd angesehen hatte, was nach dem Sinn des Gesetzes eher strafschärfend hätte wirken müssen. Da hatte also der Tatrichter den für strafbar erklärten Tatbestand und das geschützte Rechtsgut verkannt.

(OLG. Jena, 2. StrSen., Urt. v. 23. Sept. 1938, Ss 77/38.)

Zivilrecht

Bürgerliches Gesetzbuch

15. OLG. — § 276 BGB. Die zur außergerichtlichen notwendigen Abwehr einer unberechtigten Vertragsanfechtung aufgewendeten Anwaltskosten hat der Anfechtende dem Anfechtungsgegner aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes wegen positiver Vertragsverletzung auf Grund des § 276 BGB. zu erstatten.

Der Kl. kaufte von der Bekl. durch notariellen Vertrag v. 21. April 1932 das Rittergut N., ferner durch notariellen Vertrag v. 19. Nov. 1935 weitere größere Ackerflächen. Längere Zeit nach Abschluß der Verträge ließ die Bekl. dem Kl. durch ihren Prozeßbevollmächtigten zunächst mit Schreiben v. 20. Nov. 1937 mitteilen, daß sie den Kaufvertrag v. 21. April 1932 anfechte und für nichtig erkläre. Der Kl. nahm darauf die Hilfe seines jetzigen Prozeßbevollmächtigten in Anspruch, um dem Rechtsstandpunkt der Bekl. entgegentreten zu können. Der Bevollmächtigte des Kl. forderte die Bekl. unter Klageandrohung auf, binnen bestimmter Frist die ausgesprochene Berühmung und die Anfechtung zurückzunehmen. Die Bekl. entsprach der Aufforderung und erkannte die Rechtswirksamkeit des Vertrages v. 21. April 1932 an. Sie erklärte aber, den weiteren Kaufvertrag v. 19. Nov. 1935 anzufechten, und zweifelte seine Gültigkeit auch deshalb an, weil ihr Vertreter beim Kaufabschlusse keine gültige Vollmacht gehabt habe. Der Kl. setzte sich deshalb erneut mit seinem jetzigen Prozeßbevollmächtigten in Verbindung. Dieser lehnte nach Prüfung der Bekl. gegenüber den Anspruch als unbegründet unter Androhung der Feststellungsklage ab. Die Bekl. erkannte daraufhin auch den zweiten Kaufvertrag als gültig und rechtsverbindlich an.

Der Kl. hat von der Bekl. Ersatz der Kosten verlangt, welche ihm durch die Inanspruchnahme seines Anwalts in Höhe von 747,65 *RM* entstanden sind.

Die Bekl. hat vorgebracht, sie habe mit Recht die Verträge gegenüber dem Kl. angefochten. Nach ihrer Ansicht sei die von ihrem Vertreter benutzte Generalvollmacht unwirksam gewesen. Es habe deshalb der Nachprüfung bedurft, ob die zwischen den Parteien geschlossenen Verträge gültig gewesen seien. Wenn sie nachträglich aus Zweckmäßigkeitsgründen die Veräußerung des Rittergutes N. genehmigt und damit den Streit über die Frage der Gültigkeit ausgeräumt habe, dann sei das ihre Angelegenheit. Sie hafte dem Kl. nicht auf Erstattung der Anwaltskosten.

Das LG. hat den Anspruch auf Erstattung der Anwaltskosten abgewiesen. Es ist der Meinung, es fehle an einer gesetzlichen Grundlage für diesen Anspruch. Eine entsprechende Anwendung des § 91 ZPO. sei nicht möglich. Verzug oder unerlaubte Handlung der Bekl. lägen nicht vor.

Der Kl. macht mit der Ber. geltend, die ungerechtfertigten Angriffe der Bekl. gegen den Bestand der Verträge stellten eine positive Vertragsverletzung dar, die die Bekl. gemäß § 276 BGB. schadensersatzpflichtig mache.

Die Ber. hatte Erfolg.

Wie der Kl. mit Recht geltend macht, stellten die Schreiben der Bekl., in denen sie die Gültigkeit der Kaufverträge vom 21. April 1932 und 19. Nov. 1935 bestritt, eine Verletzung der ihr obliegenden vertraglichen Pflichten dar. Denn zu diesen gehört nicht nur, daß ordnungsmäßig erfüllt wird, also Leistung und Gegenleistung erbracht werden, sondern auch, daß die Vertragsparteien sich aller ungerechtfertigten Angriffe gegen den Bestand des Vertrages enthalten. Andernfalls verletzen sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten und haften auf Grund des § 276 BGB. auf Schadensersatz. Unter diesem Gesichtspunkte haben sie dann auch die dem Gegner durch die notwendige Abwehr der Angriffe gegen den Bestand des Vertrages erwachsenen Kosten zu erstatten (vgl. RGZ. 109, 282).

Das Vorbringen der Bekl., ihre Angriffe gegen den Bestand des Vertrages seien berechtigt gewesen, sie habe sie nur freiwillig, aus Zweckmäßigkeitsgründen, aufgegeben, greift nicht durch. Es wäre Sache der Bekl. gewesen, die Gründe näher darzulegen, aus denen sie sich berechtigt glaubte, die Gültigkeit der Verträge bestreiten zu können. Um so mehr, als sie ja ihre Bemängelung zurückgezogen hatte.

Der Bekl. kann auch nicht zugegeben werden, daß der Kl. mit Rücksicht auf die von ihr eingenommene Stellungnahme keinen Anwalt habe zu beauftragen brauchen, und daß deshalb die Aufwendung der Anwaltskosten keine notwendige Folge ihres Verhaltens gewesen sei. Mit Rücksicht auf die Art der Angriffe und die große wirtschaftliche Bedeutung der Verträge war die Hinzuziehung eines Anwalts seitens des Kl. sachgemäß und notwendig. Die dem Vertragsgegner auf Grund des § 276

BGB. obliegende Verpflichtung zur Kostenerstattung beschränkt sich auch nicht, wie die Bekl. meint, auf die Fälle, in denen seitens des in Anspruch genommenen Anwalts wenigstens schon die Klageschrift gefertigt worden ist. Denn bereits die Fertigung des Aufforderungsschreibens, in dem die Zurücknahme der Angriffe gefordert wird, ist eine Folge des vertragswidrigen Verhaltens des Gegners. Aus der erwähnten Entsch. des RG.: RGZ. 109, 282 ist die von der Bekl. behauptete Einschränkung nicht zu entnehmen. Danach ist der Anspruch des Kl. auf Erstattung der Anwaltskosten begründet. Ebenso der Anspruch auf Verzugszinsen gemäß § 291 BGB. (vgl. auch JW. 1919, 667; 1932, 1160; 1936, 2413).

(OLG. Naumburg, Urt. v. 12. Okt. 1938, 6 U 105/38.)

*

16. RG. — §§ 387, 530, 1430 BGB.

1. Nach der Rspr. des RG. kann Gleichartigkeit der Forderungen i. S. des § 387 BGB. auch dann vorliegen, wenn einer reinen Geldforderung eine Forderung auf Leistung börsengängiger Wertpapiere oder ein Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung von Geld gegenübersteht.

2. Der Ehemann, der seiner Ehefrau den selbständigen Bezug und die selbständige Verwaltung der Einkünfte ihres eingebrachten Gutes gestattet, kann während der Dauer des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung diese Erlaubnis jederzeit widerrufen.

3. In der Überlassung der Einkünfte des eingebrachten Guts an eine Ehefrau, die an eine anspruchsvolle Lebenshaltung gewöhnt ist, ist nicht notwendig eine Schenkung zu erblicken, es kann sich vielmehr um die Erfüllung einer Rechtspflicht, nämlich die Überlassung zur Deckung persönlicher Bedürfnisse, handeln.

4. § 1430 BGB. setzt in erster Linie voraus, daß die Frau freiwillig ihr Vermögen ganz oder teilweise der Verwaltung des Mannes überläßt.

Der Bekl. schloß am 8. Jan. 1920 die Ehe mit Karoline Luise (genannt Lilli) M., einer Tochter des Großkaufmanns Heinrich M. in S. Ein Ehevertrag wurde zunächst nicht geschlossen. Im April 1926 starb der Schwiegervater des Bekl., der mit seiner Ehefrau in allgemeiner Gütergemeinschaft gelebt hatte. Die Gütergemeinschaft wurde nach seinem Tode von seiner Witwe, seinen Kindern Adolf M. und Lilli E. und seinem Enkel Franz M. fortgesetzt. Am 7. Okt. 1926 starb auch die Witwe M. Sie wurde von ihren vorgenannten Abkömmlingen beerbt.

Zum Nachlasse gehörte u. a. eine Forderung von 111 382,15 *RM*, die aus einem vom Vater M. der Aktiengesellschaft Pf., deren alleiniger Aktionär der Bekl. ist, gewährten Darlehen herrührte. Bei einer am 31. Okt. 1928 vorgenommenen Teilauseinandersetzung wurde von dieser Forderung ein Betrag von 88 675,09 *RM* der Ehefrau des Bekl. zugeteilt. Dabei übernahm zugleich der Bekl. diese Verbindlichkeit als persönlicher Schuldner.

Durch Urkunde v. 24. Dez. 1930 schenkte der Bekl. seiner Ehefrau das Villengrundstück G. in H.

Im Jahre 1932 kam es zwischen den Ehegatten zu Streitigkeiten. Am 23. Nov. 1932 schlossen sie einen Ehevertrag, durch den sie die Verwaltung und Nutznießung des Bekl. am eingebrachten Gute seiner Ehefrau ausschlossen. Die Streitigkeiten wurden jedoch hierdurch nicht beigelegt. Frau E. fühlte sich vom Bekl. bei der Teilauseinandersetzung vom Jahre 1928 benachteiligt und behauptete, der Bekl. habe ihren Anteil am Nachlasse ihrer Eltern pflichtwidrig verwaltet und Vermögenswerte für sich verwendet. Sie verlangte deshalb vom Bekl. Rechnungslegung über die von ihm geführte Verwaltung ihres eingebrachten Gutes. Ferner kündigte sie am 3. Okt. 1933 dem Bekl. die Darlehensforderung von 88 675,09 *RM* zur Rückzahlung am 1. Febr. 1934. Der Bekl. widerrief am 18. Jan. 1934 die Schenkung des Grundstücks wegen groben Undanks.

Mit ihrer im Februar 1934 erhobenen Klage verlangte Frau E. die Zahlung von 88 675,09 *RM*. In der Nacht vom 30. zum 31. Okt. 1934 verstarb Frau E. Durch Testament vom 5. Sept. 1934 hatte sie unter Übergehung des Bekl. über ihr Vermögen letztwillig verfügt, dem Bekl. den Pflichtteil entzogen und den jetzigen Kl. zum Testamentsvollstrecker ernannt, der den Rechtsstreit aufnahm.

Der Bekl. bestreitet nicht, seiner Ehefrau durch die Teilauseinandersetzung v. 31. Okt. 1928 den Betrag von 88 675,09 *RM* schuldig geworden zu sein, behauptet aber, daß ihm gegen den Nachlaß seiner Ehefrau folgende Gegenforderungen zustünden, mit denen er aufrechne:

1. Seine Ehefrau habe seit dem Jahre 1929 alle Einkünfte ihres Vermögens (Miet-, Pacht- und Kapitalzinsen) mit seiner Zustimmung selbst bezogen. Diese Zustimmung habe er widerrufen. Er fordere daher die Herausgabe der von ihr bezogenen Beträge von insgesamt 99 661,27 *RM* nebst 6% Zinsen seit dem 23. Nov. 1932, dem Tage der Vereinbarung der Gütertrennung.

2. In der Zeit von 1929 bis zum Eintritt der Gütertrennung habe er die auf seine Ehefrau entfallende Hälfte der Einkommen-, Kirchen- und Vermögensteuer in Höhe von 15 908,30 *RM* und für das Jahr 1933 weitere 1237,20 *RM* bezahlt.

3. Für das zu $^1/_3$ im Miteigentum seiner Ehefrau befindliche Haus A.straße in K. sowie für das ihr gehörige Haus G.weg 5 in H. habe er in den Jahren 1931 bis 1934 insgesamt 17 318 *RM* Grund- und Haussteuern bezahlt.

4. In der Zeit nach Eintritt der Gütertrennung habe er für seine Ehefrau sämtliche Heil- und Pflegekosten im Betrage von 9063,20 *RM* bezahlt.

5. Nach Eintritt der Gütertrennung sei seine Ehefrau verpflichtet gewesen, ihm einen Beitrag zum ehelichen Aufwand zu gewähren, der für die Jahre 1933 und 1934 6500 *RM* betrage.

6. Durch übertriebenen Aufwand für ihre persönlichen Bedürfnisse habe seine Ehefrau die ihm zustehenden Nutzungen des eingebrachten Gutes seit 1929 um 27 500 *RM* verringert.

7. Er habe die Kosten der Beerdigung seiner Ehefrau in Höhe von 1484,20 *RM* bezahlt, die ihm ihre Erben zu erstatten hätten.

Wegen seiner Ansprüche stehe ihm auch das Zurückbehaltungsrecht an der Klagforderung zu. Soweit seine Gegenforderungen nicht als begründet erachtet würden, sei die Klagforderung dadurch getilgt, daß der Kl. mit ihr in dem Rechtsstreit A 1/34 I des LG. Frankenthal gegen die dort erhobenen Ansprüche des Bekl. aufgerechnet habe.

Das LG. hat den Bekl. nach dem Klagantrage verurteilt. Seine Berufung blieb erfolglos.

Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

I. Das BG. hält die im Tatbestande unter 1—6 aufgeführten Forderungen des Bekl. für unbegründet. Für an sich berechtigt erklärt es nur die Forderung auf Erstattung der Beerdigungskosten. Jedoch nimmt es an, daß die Aufrechnung mit dieser Forderung nach § 390 BGB. unzulässig sei, weil der Bekl. über die Verwaltung des eingebrachten Gutes noch nicht ordnungsmäßig Rechnung gelegt und das eingebrachte Gut noch nicht zurückerstattet habe, so daß der Kl. zur Zurückbehaltung seiner Leistung berechtigt sei. Konnte mithin nach der Auffassung des BG. die vom Bekl. in diesem Rechtsstreit gegenüber der Klagforderung von 88 675,09 *RM* erklärte Aufrechnung nicht zum Ziele, nämlich zur Tilgung der Klagforderung, führen, so mußte das BG. weiter prüfen, ob nicht die Aufrechnung, die unstreitig der Kl. in dem Rechtsstreit A 1/34 I des LG. Frankenthal gegenüber den dort vom Bekl. geltend gemachten Ansprüchen erklärt hat, zum Erlöschen der Klagforderung geführt hat, wie vom Bekl. behauptet worden war. Dieses Verteidigungsmittel des Bekl. hat das BG. völlig übergangen. Die vom Bekl. auf Grund des § 551 Nr. 7 ZPO. erhobene Rüge muß daher zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das BG. führen. Für die neue Berufungsverhandlung mag darauf hingewiesen werden, daß nach der Rspr. des RG. Gleichartigkeit der Forderungen i. S. des § 387 BGB. auch dann vorliegen kann, wenn einer reinen Geldforderung eine Forderung auf Leistung börsengängiger Wertpapiere (WarnRspr. 1912 Nr. 202) oder ein Anspruch auf Einwilligung in die Auszahlung von Geld

(JW. 1912, 635 [5]) gegenübersteht. Rechtlich möglich muß es hiernach auch erscheinen, gegebenenfalls eine Geldforderung und einen Anspruch auf Einwilligung in die Aushändigung von Wertpapieren als gleichartig anzusehen. Wäre die Gleichartigkeit zu bejahen, so wäre weiter festzustellen, welchen Bestand im Zeitpunkte der Abgabe der Aufrechnungserklärung das Konto der Frau E. bei der D. Bank hatte, das der Bekl. mit seiner Klage A 1/34 I zu freier Verfügung überlassen haben will. Ferner bedarf es gegebenenfalls der Feststellung, welche der beiden Aufrechnungserklärungen zeitlich zuerst abgegeben worden ist (vgl. RG.: JW. 1937, 3226 [21]).

II. Zu den sonstigen Revisionsangriffen ist wie folgt Stellung zu nehmen.

1. Ohne Erfolg wendet sich die Rev. dagegen, daß das BG. den Anspruch des Bekl. auf Rückerstattung der von seiner Ehefrau bezogenen Einkünfte ihres eingebrachten Gutes in Höhe von 99 661,27 *RM* für unbegründet erklärt hat. Der Bekl. hat sich nach seinem Vortrage auf Verlangen seiner Ehefrau damit einverstanden erklärt, daß sie die Einkünfte ihres eingebrachten Gutes selbst beziehe und verwalte. Er hat ihr also die Einkünfte des eingebrachten Gutes zur freien Verfügung überlassen. Dazu war er auf Grund seiner güterrechtlichen Stellung in der Lage. Eine Preisgabe güterrechtlicher Befugnisse, die zu ihrer Wirksamkeit der Form des Ehevertrags bedurft hätte, war darin, wie das BG. ohne Rechtsirrtum angenommen hat, nicht zu erblicken. Der Bekl. war, solange der Güterstand der Verwaltung und Nutznießung bestand, jederzeit in der Lage, sein Einverständnis zu widerrufen (vgl. RG.: JW. 1911, 362 [12]) und auch die Verwaltung der von seiner Ehefrau nicht verbrauchten, in ihr eingebrachtes Gut übergegangenen Beträge an sich zu ziehen. Dazu bedurfte es nicht der Berufung auf einen Wegfall der „Geschäftsgrundlage". Für eine Rückforderung der seiner Ehefrau bereits überlassenen Beträge fehlt es aber an jedem Rechtsgrunde. Daß etwa die Eheleute die Erhaltung der ehelichen Eintracht stillschweigend als die Voraussetzung für die Überlassung der Einkünfte des Frauengutes an die Ehefrau angesehen hätten, vermag das BG. nicht festzustellen. Ebensowenig kann der Bekl. seinen Rückforderungsanspruch auf die Vorschrift des § 530 BGB. stützen. Eine Schenkung würde in der Überlassung der Einkünfte an die Ehefrau nur dann zu erblicken sein, wenn die Eheleute sich darüber einig waren, daß die Zuwendung unentgeltlich erfolgte. Auch das ist nach Ansicht des BG. nicht dargetan. Das BG. rechnet vielmehr mit der Möglichkeit, daß der Bekl. seiner an eine anspruchsvolle Lebenshaltung gewöhnten Ehefrau die Einkünfte ihres eingebrachten Gutes zur Deckung ihrer persönlichen Bedürfnisse, also in Erfüllung einer Rechtspflicht (vgl. RGZ. 97, 289; RG.: JW. 1933, 2047 [4]), überlassen habe. Es kann daher auf sich beruhen, ob das BG. ohne Verfahrensverstoß aussprechen konnte, daß ein zum Widerruf berechtigender grober Undank i. S. des § 530 BGB. nicht erweisbar sei. Auch darauf kann es nicht ankommen, ob für die im Laufe der Jahre eingetretene mißliche Gestaltung des ehelichen Verhältnisses in erster Linie das Verhalten des Bekl. oder das seiner Ehefrau ursächlich war.

Unbegründet ist der vom Bekl. erhobene Rückforderungsanspruch auch insoweit, als er auf den seiner Behauptung nach von seiner Ehefrau getriebenen übermäßigen Aufwand gestützt ist. Der Bekl. war kraft seiner ehemännlichen und güterrechtlichen Stellung in der Lage, diesem Aufwand zu begegnen. Das hat bereits das LG. zutreffend ausgeführt. Wenn er von seinen Befugnissen keinen Gebrauch gemacht hat, sondern es bei erfolglosen Mahnungen an seine Ehefrau hat bewenden lassen, so ist die durch den Aufwand seiner Ehefrau eingetretene Verminderung der Einkünfte des eingebrachten Gutes eine Folge seines eigenen Verhaltens. Der von ihm geltend gemachte Schadensersatzanspruch entbehrt daher jeder Grundlage.

Daß dem Bekl. ein Anspruch auf Erstattung der auf seine Ehefrau entfallenden, während der Dauer des Güterstandes der Verwaltung und Nutznießung von ihm entrichteten Steuerbeträge zustehe, ist vom BG. ebenfalls ohne Rechtsirrtum verneint worden. Nach § 1385 Nr. 1 BGB. hatte er die der Frau obliegenden öffentlichen Lasten, zu denen auch die ihr in Person obliegenden gehören (RGRKomm. § 1385 Anm. 3), zu tragen. An dieser Verpflichtung wurde nichts dadurch geändert, daß er seiner Ehefrau in Ausübung seines Verwaltungs- und Nutznießungsrechtes die Einkünfte des eingebrachten Gutes zur freien Verfügung überließ.

2. Die von ihm nach Eintritt der Gütertrennung für seine Ehefrau bezahlten Heil- und Pflegekosten hatte der Bekl. auf Grund seiner Unterhaltspflicht (§ 1360 BGB.) zu tragen, die von dem die Ehe beherrschenden Güterstande unabhängig ist (RGZ. 69, 293). Der gemeinsame Unterhalt gehört zum ehelichen Aufwand (RGRKomm. § 1389 Anm. 2), den auch beim Güterstande der Gütertrennung der Mann zu tragen hat (§ 1427 Abs. 1 BGB.). Soweit die Rev. eine abweichende Ansicht vertritt, kann ihr nicht gefolgt werden. Ein Anspruch auf Erstattung der von ihm bezahlten Heil- und Pflegekosten ist dem Bekl. daher mit Recht versagt worden.

3. Die Ansprüche des Bekl. auf Erstattung der nach Eintritt der Gütertrennung für seine Ehefrau entrichteten Einkommen-, Kirchen- und Vermögensteuern in Höhe von 1237,20 *RM* und der für das Grundstück G.weg 5 bezahlten Grund- und Haussteuern im Betrage von 7220 *RM* sowie den Anspruch auf Leistung eines Beitrags zum ehelichen Aufwande für die Jahre 1933 und 1934 in Höhe von zusammen 6500 *RM* hat das BG. für unbegründet erklärt, weil Frau E. ihrem Ehemanne auch nach Vereinbarung der Gütertrennung die Verwaltung ihres Vermögens tatsächlich im großen und ganzen weiterhin überlassen und hierdurch eine nach § 1430 BGB. geregelte Rechtslage geschaffen habe; damit habe sie ihrer Beitragspflicht Genüge geleistet; aus den Einkünften des Vermögens habe der Bekl. in erster Linie die Kosten der ordnungsmäßigen Verwaltung (einschließlich Steuern) zu bestreiten gehabt. Diese Stellungnahme des BG. beruht auf einer Verkennung der Voraussetzungen des § 1430 BGB. Diese Vorschrift setzt in erster Linie voraus, daß die Frau freiwillig ihr Vermögen ganz oder teilweise der Verwaltung des Mannes überläßt. Das Vorbringen des Kl. geht aber gerade dahin, daß der Bekl. seiner Ehefrau ihr eingebrachtes Gut ohne ihren Willen vorenthalten habe. Auch das BG. führt in anderem Zusammenhange aus, daß der Bekl. die Rechnungslegung und Rückerstattung des eingebrachten Gutes verweigert habe. Daraus allein, daß Frau E. nicht alsbald nach Vereinbarung der Gütertrennung ihre Ansprüche auf Rechnungslegung und Herausgabe des eingebrachten Gutes geltend gemacht hat, kann noch nicht, wie das LG. und ihm folgend das BG. angenommen haben, auf den Willen der Frau E. geschlossen werden, ihr Vermögen der Verwaltung des Bekl. zu überlassen. Überdies hat sie schon im Jahre 1933, wie bereits das LG. festgestellt hat, Rechnungslegung verlangt. Die Vorschrift des § 1430 BGB. setzt aber weiter noch voraus, daß die Frau ihr Vermögen in der Weise der Verwaltung des Mannes überläßt, daß er in der Lage ist, die Einkünfte des Vermögens zu beziehen. Dem steht die Behauptung des Bekl. entgegen, daß seine Ehefrau schon seit dem Jahre 1929 alle Einkünfte ihres Vermögens selbst bezogen habe und daß dies auch in den Jahren 1933 und 1934, also nach Eintritt der Gütertrennung, der Fall gewesen sei. Eine gegenteilige Feststellung hat das BG. jedenfalls für die Zeit der Gütertrennung nicht getroffen.

Der Kl. selbst hat sich gegenüber den hier in Rede stehenden Ansprüchen zunächst auch nur darauf berufen, daß der Bekl. noch nach Eintritt der Gütertrennung über seiner Ehefrau zukommende Kapitalbeträge verfügt, für die Klagforderung keine Zinsen bezahlt, Teile ihres Vermögens zugunsten ihres Bruders in Pfandhaft verstrickt habe und sich selbst dafür habe Provision zahlen lassen, sowie daß er das Haus G.weg 5 mit seiner Ehefrau gemeinsam bewohnt habe. Hierzu hat das BG. nicht Stellung genommen. Die Nichteinforderung der Zinsen der Klagforderung, die Überlassung des Hauses G.weg 5 für den ehelichen Haushalt sowie die an sich dem Bekl. auf Grund seiner Unterhaltspflicht zur Last fallende Deckung ihrer persönlichen Bedürfnisse aus den Einkünften ihres Vermögens konnte bereits den nach § 1427

Abs. 2 BGB. von der Frau zu leistenden angemessenen Beitrag zur Bestreitung des ehelichen Aufwands darstellen, so daß der Bekl. insoweit keine weiteren Ansprüche mehr hatte. Wenn ferner der Bekl. sich selbst bereits Ersatz für die von ihm entrichteten Steuerbeträge verschafft hatte, so würde die Geltendmachung der jetzt von ihm erhobenen Erstattungsansprüche gegen Treu und Glauben verstoßen.

Die Frage, ob der Bekl. seiner Verpflichtung zur Rechenschaftslegung nachgekommen ist, wird vom BG. mit unzureichender Begründung verneint. Es will sich ersichtlich die vom LG. gegebene Begründung zu eigen machen. Dem LG. hatte aber die Ausarbeitung des Bekl. v. 24. Febr. 1937 noch nicht vorgelegen, die eine eingehende und von ihm als erschöpfend bezeichnete Darstellung der von ihm geführten Geschäfte und des Vermögens der Erbengemeinschaft M. enthielt. Weiter hat der Prozeßbevollmächtigte des Bekl. eine Übersicht über das Vermögen der Frau E. und seine Verwaltung nebst Belegen überreicht. Das BG. läßt jede Erörterung der Frage vermissen, ob nicht der Bekl. mit diesen Darlegungen seine Verpflichtung zur Rechenschaftslegung, soweit ihm eine solche den Umständen nach möglich war, erfüllt hat. Für den Umfang seiner Rechenschaftspflicht war es von Bedeutung, daß er sich nach seiner Behauptung auf Verlangen seiner Ehefrau damit einverstanden erklärt hatte, daß die Verwaltung des Nachlasses der Eltern M. von A. M. geführt werde, und daß er sich in diese Verwaltung nur dann eingemischt hatte, wenn er besonders zugezogen worden war. War dies der Fall, dann kann dem Bekl. eine Rechenschaftslegung über die Einzelheiten der Verwaltung des Nachlasses nicht angesonnen werden. Der Kl. ist in der Lage, insoweit von A. M. Rechenschaft zu fordern. Nach der Behauptung des Bekl. hat seine Ehefrau auch bereits bei ihren Lebzeiten eingehende Auskünfte von A. M. erhalten. Für den Umfang der Rechenschaftspflicht des Bekl. ist es weiter von Bedeutung, daß nach seiner Behauptung seine Ehefrau alle Einkünfte des Nachlasses ihrer Eltern selbst bezogen und verwaltet hat. Wenn infolgedessen die vom Bekl. über seine eigene Verwaltungstätigkeit abzulegende Rechenschaft kein zusammenhängendes und vollständiges Bild der Verwaltung des eingebrachten Gutes in seiner Gesamtheit zu geben in der Lage ist, dann kann hierfür der Bekl. nicht verantwortlich gemacht werden (vgl. WarnRspr. 1927 Nr. 161, letzter Absatz).

Wenn das BG. noch annimmt, daß dem Kl. ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Beerdigungskosten auch deswegen zustehe, weil der Bekl. das eingebrachte Gut noch nicht zurückerstattet habe, so übersieht es, daß der Bekl. bestritten hatte, den Besitz des eingebrachten Gutes erlangt zu haben, und daß insoweit der Kl. beweispflichtig ist (RG.: BayZ. 1921, 290 und WarnRspr. 1927 Nr. 161). An dem Anteil am Nachlasse der Eltern als solchem war ein Besitz nicht möglich. Fest steht nur, daß der Bekl. das Hausgrundstück G.weg 5 im Besitz hat, das er aber auf Grund des von ihm erklärten Widerrufs der Schenkung für sich in Anspruch nimmt.

In Höhe des Betrags von 1484,20 *RM* Beerdigungskosten sowie in Höhe der unter 3 aufgeführten Beträge von 1237,20, 7220,— und 6500,— *RM*, insgesamt also in Höhe von 16441,40 *RM*, muß das angefochtene Urteil auch aus den vorstehend sowie aus den unter 3 dargelegten Gründen aufgehoben werden.

Die Rev. wendet sich noch dagegen, daß das BG. dem Bekl. auch das von ihm in zweiter Linie geltend gemachte Zurückbehaltungsrecht abgesprochen hat. Auf diese Ausführungen der Rev. braucht nicht näher eingegangen zu werden. Soweit die Forderungen des Bekl. unbegründet sind, entfällt ohne weiteres auch das auf sie gestützte Zurückbehaltungsrecht. Im übrigen kommt der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes neben der vom Bekl. erklärten Aufrechnung keine selbständige rechtliche Bedeutung zu (vgl. RGZ. 83, 140; 85, 110; RG-Komm. § 273 Anm. 1 Abs. 2).

(RG., IV. ZivSen., U. v. 10. Okt. 1938, IV 103/38.)

*

17. KG. — §§ 1356, 1357 BGB. Die Ausschließung der Schlüsselgewalt der Ehefrau durch den Ehemann bedeutet keinen Rechtsmißbrauch, wenn die Ehefrau in jüdischen Geschäften Einkäufe vorgenommen hat und wenn die Besorgnis, daß sie dies auch in Zukunft tun werde, nicht völlig ausgeschlossen ist.

Im Juli oder August 1937 hatte die Ehefrau des Beamten G. in E. in einem jüdischen Geschäft in E. für sich zwei Kleider zum Preise von 11,90 und 8,60 *RM* gekauft. Sie behauptet, daß ihr Ehemann damit einverstanden gewesen sei, was dieser jedoch bestreitet. Jedenfalls sind die Kleider damals bezahlt worden. Am 12. März 1938 schickte die Ehefrau G. ihre 14jährige, dem BdM. angehörige Tochter in das bezeichnete jüdische Geschäft, um für sie (die Ehefrau) Wäsche einzukaufen. Die Tochter kaufte dort auftragsgemäß Wäsche zum Preise von 17,25 *RM*, bezahlte hierauf 10,25 *RM* und blieb den Rest mit 7 *RM* schuldig. Am 3. Juni 1938 hat der Ehemann G. diese 7 *RM* durch Postscheck bezahlt und am gleichen Tage auf Grund des § 1357 Abs. 2 Satz 1 BGB. folgende Eintragung in das Güterrechtsregister herbeigeführt:

„Der Ehemann hat das Recht der Frau, innerhalb ihres häuslichen Wirkungskreises seine Geschäfte für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten, ausgeschlossen.“

Die Ehefrau hat darauf gemäß § 1357 Abs. 2 Satz 2 BGB. beantragt, diese Ausschließung der Schlüsselgewalt wieder aufzuheben, weil sie sich als ein Mißbrauch des Rechts des Ehemannes darstelle. Das AG. hat den Antrag mit der Begründung zurückgewiesen, da Frau G. noch am 12. März 1938 in einem jüdischen Geschäft Wäsche gekauft habe — d. h. zu einem Zeitpunkt, zu dem sich die Ansicht von der Unzulässigkeit solcher Käufe seitens deutscher Volksgenossen aus staatspolitischen Gründen allgemein durchgesetzt habe —, bedeute es keinen Mißbrauch, wenn der Ehemann als Beamter die Schlüsselgewalt seiner Ehefrau ausschließe. Auf die Beschw. der Frau G. hat das LG. die Ausschließung der Schlüsselgewalt aufgehoben. In den Gründen führt es aus, es sei einmal nicht zu besorgen, daß die Ehefrau in Zukunft noch in jüdischen Geschäften kaufen werde, da sie ausdrücklich versprochen habe, dies nicht mehr zu tun; andererseits habe sich in der Rspr. die Auffassung durchgesetzt, daß eine deutsche Ehefrau, insbes. die Ehefrau eines Parteimitgliedes oder eines Beamten, bei einem Einkauf in einem jüdischen Geschäft nicht im Rahmen ihrer Schlüsselgewalt handele und deshalb den Ehemann durch ein solches Rechtsgeschäft nicht verpflichten könne.

Die Beschw. des Ehemanns führte zur Aufhebung und Zurückverweisung an das LG.

Gemäß § 1356 BGB. ist die Frau berechtigt und verpflichtet, das gemeinschaftliche Hauswesen zu leiten; gemäß § 1357 a. a. O. ist sie berechtigt, innerhalb dieses ihres häuslichen Wirkungskreises die Geschäfte des Mannes für ihn zu besorgen und ihn zu vertreten und ihn damit in dem bezeichneten Rahmen unmittelbar durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten. Diesen Rechten der Ehefrau entspricht andererseits die Pflicht, das Hauswesen und die damit verbundenen Rechtsgeschäfte im Sinne der ehelichen Lebensgemeinschaft zu führen und dabei die rechte eheliche Gesinnung zu betätigen. Sie hat nicht nur eine den gegebenen Vermögensverhältnissen nicht entsprechende und für den Ehemann wirtschaftlich nicht tragbare Haushaltsführung zu vermeiden, sondern muß darüber hinaus auch darauf bedacht sein, daß sie bei der Erfüllung ihrer hauswirtschaftlichen Aufgaben dem Manne nicht etwa Verlegenheiten bereitet, die sich für seinen Beruf, seine Stellung und sein öffentliches Ansehen nachteilig auswirken können. Dies ist sowohl eine rechtliche als auch eine sittliche Pflicht. Im Eherecht bedeutet aber das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage, von der bei der Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung aller Rechtsverhältnisse der Gatten zueinander auszugehen ist (vgl. Thiesing, „Das Recht am Haushaltsgeld“: DJ. 1937, 932).

Von diesen Gesichtspunkten aus ist auch die Frage zu beurteilen, ob die Ehefrau Einkäufe, die an sich im Rahmen der Schlüsselgewalt liegen, in jüdischen Geschäften besorgen darf. Mag der Gesetzgeber bei dem Erlaß der Vorschriften der §§ 1356, 1357 BGB. auch nicht an diese Frage gedacht haben, weil sie nach den Anschauungen der damaligen Zeit keine Bedeutung hatte, so muß sie nach der jetzt gültigen nationalsozialistischen Auffassung von Volk und Staat schlechterdings verneint werden. Der Nationalsozialismus hat das deutsche Volk über die Gefahren aufgeklärt, welche das Judentum in wirtschaftlicher, politischer und geistiger Hinsicht bedeutet. Es ist die Pflicht eines jeden deutschen Volksgenossen, an seinem Teil, mag er noch so bescheiden sein, diese Gefahr zu bekämpfen. Diese Pflicht liegt vor allem auch den deutschen Hausfrauen ob, die einen erheblichen Teil des deutschen Volksvermögens zu verwalten haben. Aus dieser Erkenntnis heraus hat sich in den

letzten Jahren die Anschauung durchgesetzt und setzt sich immer mehr durch, daß ein deutscher Mann weder selbst in einem jüdischen Geschäft kaufen noch auch solche Einkäufe durch seine Ehefrau oder sonstige Familienmitglieder und Hausangestellte dulden darf, daß insbes. ein Beamter oder Parteigenosse durch eine solche Handlungsweise sich der Gefahr disziplinarischer Bestrafung aussetzt (vgl. die Entsch. des RArbG. v. 22. Sept. 1937: DJ. 1937, 1989 ff. = JW. 1938, 140 [41]). Die Einwände etwa, daß man durch solche Käufe die deutschen Angestellten in jüdischen Geschäften unterstütze oder daß die Kaufgelegenheit besonders vorteilhaft sei, sind nicht stichhaltig (vgl. Friedrich, Anm. zu der erwähnten Entsch. des RArbG.: DJ. 1937, 1992).

Hiernach ist davon auszugehen, daß eine deutsche Ehefrau, welche für Zwecke des gemeinschaftlichen Hauswesens Käufe in jüdischen Geschäften vornimmt, die ihr kraft der Schlüsselgewalt zustehenden Rechte überschreitet und die mit dieser verbundenen Pflichten verletzt. Es mag zugegeben werden, daß ein einmaliger, vielleicht aus Unbesonnenheit begangener Verstoß nicht von entscheidender Bedeutung ist, daß es hierbei vielmehr auf die Umstände des einzelnen Falles ankommt (vgl. RArbG.: DJ. 1937, 1991/92). Anders ist aber die Sachlage zu beurteilen, wenn es sich um fortgesetzte Käufe handelt oder wenn die Gefahr besteht, daß sich derartige Käufe in Zukunft wiederholen werden. Wenn der Ehemann alsdann die Schlüsselgewalt gemäß § 1357 Abs. 2 S. 1 BGB. ausschließt, so kann hierin keiner Weise ein Mißbrauch seines Rechts gefunden werden.

Das LG. glaubt, die gegen die Belassung der Schlüsselgewalt bestehenden Bedenken einmal mit der Erwägung ausräumen zu können, daß ein Kauf der gedachten Art den Ehemann nicht verpflichte, da er nicht im Rahmen der Schlüsselgewalt vorgenommen sei. Diese Ansicht hat allerdings in der Rspr. Ausdruck gefunden (vgl. Urt. des AG. Remscheid vom 20. Jan. 1937: DJ. 1937, 402). Der Senat trägt auch keine Bedenken, sie grundsätzlich für richtig zu halten. Damit wird jedoch lediglich die wirtschaftliche Seite der Frage gelöst. Es bleibt aber noch die sittliche Seite. Und hier ist, wie oben dargelegt worden ist, zu berücksichtigen, daß der Ehemann durch solche Käufe seiner Ehefrau großen Schwierigkeiten ausgesetzt werden kann und daß auch eine Klage des jüdischen Geschäftsinhabers, selbst wenn sie ohne weiteres abgewiesen wird, für den Ehemann jedenfalls mit Unannehmlichkeiten und Aufregungen verbunden ist.

Ferner glaubt das LG., daß eine Ausschließung der Schlüsselgewalt deshalb nicht mehr geboten sei, weil die Ehefrau versprochen habe, in Zukunft nicht mehr in jüdischen Geschäften zu kaufen. An die Verbindlichkeit und Glaubwürdigkeit eines derartigen Versprechens muß ein strenger Maßstab angelegt werden. Jedenfalls bedarf es, wenn die Ehefrau mehrfach in jüdischen Geschäften gekauft hat, einer sehr sorgfältigen Prüfung, ob tatsächlich die volle Gewähr dafür gegeben ist, daß solche Käufe in Zukunft unterbleiben, und ob hierfür das Versprechen der Ehefrau allein ausreichend ist.

Von diesen rechtlichen Erwägungen aus kann nicht anerkannt werden, daß das LG. entsprechend der ihm gemäß § 12 RFGG. obliegenden Ermittelungspflicht den Sachverhalt so erschöpfend aufgeklärt hat, um eine abschließende Entsch. treffen zu können. Vielmehr ist noch eine weitere Aufklärung durch persönliches Anhören der Parteien durch das LG. erforderlich (wird ausgeführt).

(KG., 1b ZivSen., Beschl. v. 14. Okt. 1938, 1b Wx 160/38.)

*

18. KG. — § 1445 BGB.; §§ 3 Abs. 2, 10 Abs. 2 WestfGütRG. Die Zustimmung der Ehefrau zur Verfügung des Mannes über ein Gesamtgutsgrundstück ist auch dann erforderlich, wenn ein Anteil an einem Nachlaß, zu dem ein Grundstück (oder ein Gesamthandsanteil an einem solchen) gehört, in das Gesamtgut gefallen ist und nun entweder über den Erbteil als solchen oder — im Zusammenwirken mit den anderen Miterben — über das Nachlaßgrundstück verfügt werden soll. Die abweichende Ansicht in KGJ. 27, A 29 wird aufgegeben.

Als Eigentümer des Grundstücks sind im Grundbuche die Eheleute Heinrich K. in westfälischer Gütergemeinschaft eingetragen. Die Ehefrau ist i. J. 1934 verstorben und ausweislich eines Erbscheins von ihren Geschwistern und Geschwisterkindern beerbt worden, während danach dem Ehemanne das Leibzuchtsrecht nach Sayn-Altenkirchener Statutarrecht „an dem Nachlaß" zusteht. Die in dem Erbschein genannten Personen haben sämtlich ihre Erbteile auf den Ehemann K. übertragen, darunter an Stelle der nachträglich verstorbenen Frau A. deren Ehemann, der mit seiner Frau in der westfälischen Gütergemeinschaft gelebt hatte und diese mit den gemeinschaftlichen Kindern fortsetzt. Die letztere Erbteilsübertragung ist schenkweise erfolgt, ohne daß die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Kinder zugestimmt haben.

Ein Antrag des Ehemannes K., ihn als Alleineigentümer in das Grundbuch einzutragen, wurde vom GBA. dahin beanstandet, daß die Zustimmung der Kinder A. zu der Erbteilsübertragung beigebracht werden müsse. Beschw. und weitere Beschw. hatten keinen Erfolg.

Das LG. führt aus, die geforderte Zustimmung der Kinder der Frau A. sei deshalb notwendig, weil der überlebende Ehegatte nach §§ 3 Abs. 2, 10 Abs. 2 WestfGütRG. in der fortgesetzten westfälischen Gütergemeinschaft über Immobilien nicht unentgeltlich verfügen könne und ein zu dem Gesamtgut gehörender Erbteil als immobil im Sinne dieser Vorschrift behandelt werden müsse, wenn zu dem Nachlaß ein Grundstück oder ein Gesamthandsanteil an einem Grundstücke gehöre. Dem ist entgegen den Angriffen der weiteren Beschw. zuzustimmen.

Die Beteiligung der mehreren Mitberechtigten an der ehelichen Gütergemeinschaft und der Erbengemeinschaft des Sayn-Altenkirchener Partikularrechtes oder an der ehelichen und der fortgesetzten Gütergemeinschaft des westfälischen Güterrechtes stellt sich — ebenso wie bei der Gütergemeinschaft des BGB. — als die deutschrechtliche Gesamthandsberechtigung dar. Aus der Natur dieser Berechtigung heraus ist die Frage zu beantworten, ob im Sinne der Vorschriften, nach welchen der Verwalter des Gesamthandsvermögens zur Verfügung über einen unbeweglichen Gegenstand der Zustimmung der übrigen Gesamthandsgenossen bedarf, als ein solcher Gegenstand auch ein zu dem Vermögen gehöriger Gesamthandsanteil an einem anderen gleichartigen Vermögen zu behandeln ist, wenn zu dem letzteren Grundstücke gehören. Die Frage ist mithin begrifflich dieselbe für die früheren Rechtssysteme wie für das BGB. Hier hat insbesondere der § 1445 über die Notwendigkeit der Zustimmung der Frau zur Verfügung über ein Gesamtgutsgrundstück Anlaß zu ihrer Erörterung gegeben, und zwar mit verschiedenen Ergebnissen. Die eine Ansicht geht dahin, daß der Ehemann bei der Verfügung über Grundstücke, die zu dem von einem Ehegatten für das Gesamtgut zu einem Anteil erworbenen Nachlaß gehören, und ebenso bei der Verfügung über den ganzen Erbanteil nicht der Zustimmung der Frau bedürfe, weil zu dem Gesamtgut überhaupt kein Anteil an dem Nachlaßgrundstück gehöre, sondern nur ein Anteil an dem Inbegriffe des Nachlasses (so KG.: KGJ. 27, A 29 = RJA. 4, 117 = OLG. 8, 338; OLG. Colmar: OLG. 9, 451; Staudinger, BGB. § 1445 Anm. II 1 b b Abs. 2; Meikel: SeuffBl. 48, 294; Stiff: DNotZ. 1905, 757). Nach der anderen Ansicht dagegen soll die Zustimmung der Frau erforderlich sein (so vor allem Güthe-Triebel, „GBO." § 33 Anm. 20 Abs. 3; Planck, „BGB." § 1445 Anm. 8; Ricks „Grundbuchpraxis" S. 229 Ziff. 6; Baer: ZBl. FG. 14, 584). Der Senat entscheidet sich bei nochmaliger Prüfung der Frage unter Aufgabe des in KGJ. 27, A 29 eingenommenen Standpunktes für die zweite Ansicht.

Es ist trotz der gegenteiligen Bemerkung der Protokolle zum BGB. (Bd. 5 S. 838) unrichtig, daß die Gemeinschaft zur gesamten Hand nur an dem Inbegriff des Gesamthandsvermögens bestehe, dagegen nicht auch an den einzelnen Gegenständen. Etwas Derartiges ist begrifflich überhaupt nicht möglich. Denn auch die einzelnen Gegenstände für sich betrachtet müssen irgend jemandem zu Eigentum (oder zu sonstigem Rechte) gehören. Das können aber nur die Gesamthandsberechtigten sein. Diese stehen also zu jedem einzelnen Gegenstande in demselben Verhältnis, in welchem sie zu dem Gesamthandsvermögen im ganzen stehen. Richtig ist nur, daß ein Gesamthandsberechtigter über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen grundsätzlich nicht verfügen kann (was § 2033 Abs. 2 BGB. in stillschweigender Anerkennung des Vorhandenseins eines solchen Anteils ausdrücklich bestimmt), und daß deshalb, soweit dieses Verbot reicht, die Frage der Notwendigkeit einer Zustimmung zu solcher Verfügung überhaupt nicht auftauchen kann. Daraus folgt aber zunächst einmal, wie gegenüber Stiff a. a. O. hervorzuheben ist, keineswegs, daß die Anteile an den einzelnen Gegenständen eines Nachlasses als unübertragbar nach § 1439 BGB. nicht in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fallen könnten. Denn sie sind von dem übertragbaren Anteil an dem Nachlasse überhaupt nicht zu trennen. Es ist rechtlich unmöglich, daß einer Person der Erbteil im ganzen und einer anderen der Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen zusteht. Durch die grundsätzliche Unzulässigkeit der Verfügung über den Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen wird die Frage nach der Notwendigkeit der Zustimmung der Gesamthandsgenossen auch nicht völlig erledigt; denn es gibt einen Fall, in welchem eben doch eine Verfügung des Gesamthandsberechtigten über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen möglich ist, nämlich den Fall, daß er gemeinsam mit den übrigen Gesamthandsberechtig-

ten verfügt, sei es zum Zwecke der Auseinandersetzung untereinander oder sei es zugunsten eines Dritten. Eine solche Verfügung ist schon rein rechtlich betrachtet für jeden einzelnen Gesamthandsberechtigten eine Verfügung über den Gegenstand selbst, und zwar über den ganzen Gegenstand, dessen Eigentümer oder sonstiger Berechtigter er, lediglich beschränkt durch die Mitberechtigung der übrigen, in vollem Umfange ist. Aber auch aus wirtschaftlichen Gründen ist die Gegenansicht abzulehnen. Vom Zweckgedanken des § 1445 BGB. aus, dem des Schutzes der Ehefrau gegen den Verlust des zu dem Gesamtgute gehörigen Grundbesitzes, läßt sich eine verschiedene Behandlung der Fälle, daß der Ehemann über ein unmittelbar zum Gesamtgut gehöriges Grundstück oder daß er über ein Grundstück, das zu einem in das Gesamtgut gefallenen Nachlaß gehört, oder daß er endlich über ein Grundstück eines Nachlasses verfügt, von dem wenigstens ein Anteil zu dem Gesamtgute gehört, schlechterdings nicht rechtfertigen. In allen Fällen besteht gleichmäßig das Bedürfnis, die Frau in ihrem Anteilseigentum an dem Grundstücke gegen unwirtschaftliche Verfügungen des Ehemannes zu schützen. Das KG. hat denn auch in RJA. 4, 481 das Erfordernis der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung für einen entsprechenden Fall anerkannt und dazu ausgeführt: auch über das zu einem ungeteilten Nachlasse gehörende Recht an einem Grundstücke könne der Vormund eines Miterben nur mit Genehmigung verfügen, da die Gemeinschaft mehrerer Erben kein von dem einzelnen Erben verschiedenes Rechtssubjekt, keine juristische Person bilde (ebenso BayObLG. 20, 319).

Nun hat freilich der Ehemann A. nicht über den zum Gesamtgute der fortgesetzten Gütergemeinschaft gehörigen Anteil an dem zum Nachlasse der Ehefrau K. gehörigen gesamthänderischen Grundstücksanteil verfügt, sondern über den Erbanteil an diesem Nachlasse. Das kann aber hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Verfügungsbeschränkungen des Verwalters eines Gesamtgutes (§ 1445 BGB., §§ 3 Abs. 2, 10 Abs. 2 WestfGütRG.) zu keiner anderen Beurteilung führen. Wenn der Verwalter die Zustimmung der Gesamthandsgenossen schon zur Verfügung über den Gesamtgutsanteil an einem einzelnen Nachlaßgrundstücke benötigt, so kann diese Zustimmung vom Gesichtspunkte des Schutzes jener Gemeinschaftsgenossen aus nicht dadurch entbehrlich werden, daß er — einheitlich — zugleich auch über den Anteil an den übrigen Nachlaßgegenständen verfügt. Die abweichende Ansicht von Reichold (BayRpflZ. 1905, 317) und von KGJ. 27, A 29 beruht im wesentlichen auf der bereits wiederlegten Annahme, daß die Gesamthandsberechtigten keine Anteile an den einzelnen Gegenständen des Gesamthandsvermögens hätten, oder daß diese Anteile nicht mit dem Erbanteil in das Gesamtgut der Gütergemeinschaft fielen. Daß der Senat die Frage der Notwendigkeit einer behördlichen Genehmigung nach dem WohnsiedlG. v. 22. Sept. 1933 (RGBl. I, 659) bezüglich der Übertragung von Erbteilen, zu denen ein unter das Gesetz fallendes Grundstück gehört, in anderem Sinne entschieden hat, beruht auf der Berücksichtigung der besonderen Zwecke dieses Gesetzes und läßt deshalb eine Berufung darauf im vorliegenden Falle nicht zu (vgl. JFG. 13, 71; JW. 1935, 2846; DNotZ. 1935, 804; DJ. 1935, 1594).

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Okt. 1938, 1 Wx 468/38.) [H.]

*

19. RG. — § 1833 BGB. Ein Vormund, der sich nach Beendigung der Vormundschaft als noch im Amt befindlich betrachtet und demgemäß handelt, unterliegt der Haftung aus § 1833 BGB., der in diesem Fall entsprechend angewandt wird.

Das BG. führt aus, daß eine Haftung der Bekl. aus § 1833 BGB. wegen Verletzung ihrer Pflichten als Vormünder beim Vertragsschluß am 27. Juni 1930 überhaupt nicht in Betracht komme, da die Kl. bereits am 9. Mai 1930 volljährig geworden war und deshalb in diesem Zeitpunkt die Altersvormundschaft ohne weiteres ihr Ende gefunden habe. Eine mögliche Haftungsgrundlage sieht das BG. nur in der Vorschrift des § 1890 BGB., falls nämlich die beklagten Vormünder die ihnen auch nach Beendigung ihres Amtes noch obliegende Pflicht zur Auskunftserteilung nicht genügend erfüllt haben, insbes. etwa die Kl. über die ihr zustehenden Rechte nicht ausreichend unterrichtet haben sollten. Aber auch unter diesem Gesichtspunkt lehnt das BG. eine Inanspruchnahme der Bekl. ab, da sie hätten annehmen dürfen, daß die 21jährige Kl. durch ihre Mutter und ihre anderen Verwandten über die rechtlichen Verhältnisse unterrichtet gewesen sei, da es jedenfalls ein überwiegendes eigenes Verschulden der Kl. selbst gewesen sei, wenn sie eingehendere Aufklärung von den Vormündern nicht verlangt habe, und da außerdem der Abschluß des Vertrags v. 27. Juni 1930 unter der Leitung des Vormundschaftsrichters gestanden habe, auf den die Bekl. sich hätten verlassen dürfen.

Auch gegen diese Begründung der klageabweisenden Entscheidung des BG. erhebt die Rev. Angriffe, denen die Berechtigung nicht abgesprochen werden kann. Bei der Annahme eines überwiegenden eigenen Verschuldens der Kl. hat das BG. die Behauptung der Kl. übergangen, daß sie überhaupt nicht gefragt, sondern bis zum Schluß der Verhandlungen in dem Glauben gelassen worden sei, sie stehe noch unter Vormundschaft und müsse sich dem Willen ihrer Vormünder fügen, und daß sie den Vertrag nur im Vertrauen auf ihre Vormünder und auf den Hinweis ihrer Mutter unterzeichnet habe, daß ihre Vormünder unterschrieben hätten und sie deshalb keine Angst zu haben brauche. Rechtsirrig ist ferner die Annahme des BG., daß die Bekl. als Vormünder sich auf die Auffassung des Vormundschaftsrichters hätten verlassen dürfen; das widerspricht der ständigen reichsgerichtlichen Rspr. Schließlich aber beruht es auch auf einem Rechtsirrtum, wenn das BG. die Ansicht vertritt, daß die Bekl. für ihre Mitwirkung beim Abschluß des Vertrags deswegen nicht mehr hafteten, weil die Kl. bereits volljährig gewesen sei. Das BG. übersieht, daß im vorl. Fall von allen Beteiligten die Sache so behandelt worden ist, als ob die Kl. noch unter Vormundschaft gestanden hätte. Die Bekl. haben sich als im Amt befindlich betrachtet und sie müssen sich deshalb so behandeln lassen, als ob ihr Amt noch bestanden hätte (vgl. Entsch. des erk. Sen. v. 27. Sept. 1937: JW. 1937, 3187[46]). Eine entsprechende Anwendung der Haftungsvorschrift des § 1833 BGB. ist in solchem Falle, entgegen der Ansicht des BG., geboten.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 19. Sept. 1938, IV 54/38.)

*

20. KG. — §§ 1835, 1836, 1915 BGB. Ein zum Pfleger eines Minderjährigen bestellter Rechtsanwalt, der bei einer Nachlaßregelung mitgewirkt und im Rahmen dieser Tätigkeit für den Pflegling die Erbschaft ausgeschlagen sowie wegen des Pflichtteilsanspruchs mit den Erben einen Auseinandersetzungsvertrag geschlossen hat, braucht sich bei der Bemessung seiner Vergütung aus § 1836 BGB. nicht die Tätigkeit anrechnen zu lassen, die er für den Entwurf der Ausschlagungserklärung und des Auseinandersetzungsvertrages aufgewendet hat. Insoweit kann er vielmehr Ersatz seiner Aufwendungen gemäß § 1835 Abs. 2 BGB. verlangen.

Erben des am 1. Jan. 1936 verstorbenen Konsuls H. sind laut gerichtlichem Erbschein seine Witwe Erna H. in B. als befreite Vorerbin und seine minderjährige Tochter Renate H. als Nacherbin geworden. Außerdem ist noch ein Sohn des Erblassers aus seiner ersten Ehe vorhanden, der jedoch als Erbe nicht in Betracht kommt. Für die minderjährige Tochter ist der RA. Dr. N. von dem AG. als Pfleger bestellt worden. Der Wirkungskreis des Pflegers umfaßte die Wahrnehmung des Pflichtteilsanspruchs nach dem Vater, die Vertretung im Erbscheinsverfahren sowie die Wahrnehmung der Rechte als Nacherbin für den Pflegling. Der Pfleger hat namens des Pfleglings die Erbschaft ausgeschlagen und mit der Mutter einen Auseinandersetzungsvertrag geschlossen. In diesem Vertrage ist der Pflichtteilsanspruch des Pfleglings, der unstreitig $^3/_{16}$ des Nachlasses beträgt, auf rund 90 000 RM festgestellt worden; außerdem ist für die Sicherstellung dieser Summe Sorge getragen worden. Die Ausschlagungserklärung und der Auseinandersetzungsvertrag sind von dem AG. als VormGer. für den Pflegling genehmigt worden.

Der Pfleger hat in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt für den Entwurf der Ausschlagungserklärung den Betrag von 136 RM und für den Entwurf des Auseinandersetzungsvertrages den Betrag von 320 RM in Rechnung gestellt. Er ist der Ansicht, daß er diese Summen auf Grund des § 1835 Abs. 2 BGB. aus dem rechtlichen Gesichtspunkte des Ersatzes von Aufwendungen verlangen könne. Ferner hat er beantragt, ihm für seine Tätigkeit als Pfleger gemäß § 1836 BGB. eine Vergütung von 1500 RM festzusetzen. Das AG. hat diese Vergütung antragsgemäß bewilligt. Das LG. hat die von der Mutter eingelegte Beschw. zurückgewiesen.

Die weitere Beschw. der Mutter hatte keinen Erfolg.

Gemäß §§ 1836, 1915 BGB. kann das VormGer. dem Vormund (Pfleger) unter bestimmten näher dargelegten Voraussetzungen eine angemessene Vergütung für seine Tätigkeit bewilligen. Diese Bewilligung hat rechtsbegründende Wirkung und ist die notwendige Voraussetzung, um den Anspruch anderweitig, z. B.

im Prozeßwege geltend zu machen (vgl. RGZ. 127, 106 = JW. 1931, 147; KGJ. 45, 47). Unabhängig von dieser Vergütung aus § 1836 BGB. besteht ein selbständiger Anspruch des Vormundes (Pflegers) aus § 1835 BGB. auf Ersatz von Aufwendungen. Gemäß § 1835 Abs. 2 a. a. O. gelten als Aufwendungen auch solche Dienste des Vormundes (Pflegers), die zu seinem Gewerbe oder Beruf gehören. Dieser Anspruch unterliegt der Prüfung und Festsetzung durch das VormGer. nicht, sondern ist gegebenenfalls von dem Prozeßgericht festzustellen. Das VormGer. ist deshalb auch nicht in der Lage, zur Abgeltung der Ansprüche aus den §§ 1835 und 1836 BGB. eine Pauschalvergütung festzusetzen (vgl. KG.: OLG. 18, 301).

Der Hauptstreitpunkt ist, ob in der von dem VormGer. gemäß § 1836 BGB. bewilligten Vergütung von 1500 RM die Tätigkeit, die der Pfleger für die Fertigung der Ausschlagungserklärung und des Auseinandersetzungsvertrages entwickelt hat, mitabgegolten ist oder ob der Pfleger hierfür nach § 1835 Abs. 2 BGB. eine besondere Entschädigung verlangen kann. Die Entscheidung dieser Frage hängt davon ab, ob die bezeichnete Tätigkeit zu den Diensten des Pflegers zu rechnen ist, die er kraft seines Berufes als Rechtsanwalt geleistet hat. In dieser Hinsicht ist die Entscheidung des LG. rechtlich nicht zu beanstanden.

Für Dienste, die zu dem Berufe des Vormundes (Pflegers) gehören und die ihrer Natur nach ein technisches, wissenschaftliches, künstlerisches oder handwerkmäßiges Wissen und Können voraussetzen, kann nach h. A. der Vormund (Pfleger) dann eine Entschädigung nach § 1835 Abs. 2 BGB. verlangen, wenn ein anderer, nicht technisch gebildeter Vormund solche Dienste nicht leisten könnte, sondern verständlicherweise einen Sachverständigen, hier einen Rechtsanwalt, hinzuziehen würde (vgl. KG.: KGJ. 45, 55 ff., 58; DJZ. 1933, 914 und JW. 1935, 1251 [1]). Die BeschwF. ist nun der Ansicht, daß die Fertigung der Ausschlagungserklärung keine besonderen Schwierigkeiten verursacht habe, daß ferner der Auseinandersetzungsvertrag im wesentlichen einen kaufmännisch rechnerischen Inhalt habe, daß deshalb zu dem Entwurf dieser Urkunden die Fachkenntnisse eines Rechtsanwalts vielleicht zwar wertvoll, aber keineswegs erforderlich gewesen seien. Diesem Standpunkt vermag der Senat nicht beizutreten. Denn es handelte sich nicht lediglich um den Entwurf der Urkunden an sich. Das Wesentliche war vielmehr, daß der Pfleger sich über die Zweckmäßigkeit und die rechtliche Auswirkung der in den Urkunden niedergelegten rechtsgeschäftlichen Erklärungen schlüssig werden, darüber mit den Erben verhandeln und die damit verbundene erhebliche Verantwortung übernehmen mußte. Es ist aber ohne weiteres als berechtigt anzuerkennen, daß ein rechtswissenschaftlich nicht vorgebildeter Pfleger, wenn anders er die Rechte des Pfleglings gewissenhaft wahrnehmen will, bei Rechtsgeschäften von einer derartigen Bedeutung den Rat eines Rechtskundigen einholt, da von ihm billigerweise nicht verlangt werden kann, daß er die Tragweite solcher Rechtsgeschäfte selbständig übersieht und die daraus entspringende Verantwortung allein trägt. Das muß um so mehr gelten, wenn es sich, wie in dem vorl. Falle, um so erhebliche Vermögenswerte handelt.

Die BeschwF. beruft sich in der weiteren Beschw. für ihre Ansicht auf den Beschluß des KG.: KGJ. 45, 55 ff., 59, wonach ein Vormund oder Pfleger, der von Beruf Rechtsanwalt ist, für die Verwaltung des Mündelvermögens und für Eingaben an Behörden, die er als Pfleger macht, nicht nach Vorschrift des § 1835 Abs. 2 BGB. Bezahlung aus dem Mündelvermögen fordern kann, obwohl er einem Dritten gegenüber nach den landesgesetzlichen Vorschriften über die Gebühren der Rechtsanwälte in einem ähnlichen Falle liquidieren könnte. Aus dieser Entscheidung kann aber die BeschwF. keine Rechte zu ihren Gunsten herleiten. Denn bei den Rechtsakten, für welche der Pfleger hier eine Entschädigung gemäß § 1835 BGB. verlangt, handelt es sich keineswegs um die Verwaltung des Mündelvermögens an sich — diese hat der Pfleger überhaupt nicht geführt, da er hierzu gar nicht bestellt worden war — oder um seine an das VormGer. sowie andere Stellen gerichteten zahlreichen Eingaben. Es handelt sich vielmehr um zwei ganz bestimmte, rechtlich nicht einfache und mit erheblicher Verantwortung verbundene Rechtsakte, welche die besondere Fachkenntnis eines Rechtsanwalts voraussetzten.

Die Unkosten, die durch die Zuziehung eines sachverständigen Beraters erwachsen sind, hier also die Gebühren, die einem Rechtsanwalt für seine Rechtsberatung bei einer Erbausschlagungserklärung und einem Auseinandersetzungsvertrage zustehen, müssen deshalb auf Grund des § 1835 Abs. 2 BGB. als besonders erstattungsfähig anerkannt werden. Eine Abgeltung der hierfür entwickelten Tätigkeit im Rahmen der Vergütung aus § 1836 BGB. muß ausscheiden.

Es kann sich deshalb nur darum handeln, ob die Bewilligung einer Vergütung in Höhe von 1500 RM für die Arbeit, die der Pfleger im übrigen bei der Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben geleistet hat, rechtlichen Bedenken unterliegt. Auch insoweit läßt die Entscheidung des LG. eine Rechtsverletzung nicht erkennen. (Wird ausgeführt.)

(KG., ZivSen. 1 b, Beschl. v. 21. Okt. 1938, 1 b Wx 138/38.)

*

21. KG. — § 2041 BGB.; §§ 2, 22, 27 HGB. Gehört zu einem Nachlaß ein gewerbliches Unternehmen, so kann es von einer Erbengemeinschaft als solcher (mit einer entsprechenden Firma) auch dann fortgeführt werden, wenn es auf Grund des § 2 HGB. in das Handelsregister eingetragen und damit zu einem Handelsgewerbe geworden ist.

Der im Dez. 1934 verstorbene August X. hat bis zu seinem Tode ein Filmtheater unter der Bezeichnung „Neues Lichtspielhaus" geführt, ohne dafür eine Firma in das Handelsregister eintragen zu lassen. Nach seinem Tode führten seine Witwe und sein Sohn Alfred als seine alleinigen Erben das Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, in ungeteilter Erbengemeinschaft fort. Sie meldeten aber demnächst die Firma „Neues Lichtspielhaus, Inhaber August X. Erbengemeinschaft" zur Eintragung an. Das AG. bemängelte die angemeldete Firma dahin, daß der Name August X. in der Firma keine Verwendung finden und daß deshalb auch eine Erbengemeinschaft nach August X. nicht eingetragen werden dürfe. Der die Antragsteller vertretende Rechtsanwalt schlug nunmehr vor, als Firma die Bezeichnung „Neues Lichtspielhaus, Inhaber Minna und Alfred X. in ungeteilter Erbengemeinschaft" einzutragen. Das AG. wies hierauf den so geänderten Antrag zurück, da nach Lage der Sache nur die Eintragung einer Personengesellschaft, etwa einer OHG., in Frage komme. Eine hiergegen eingelegte Beschw. wies das LG. zurück. Die weitere Beschw. hat Erfolg.

In der Sache führt das LG. zunächst folgendes aus: Eine Erbengemeinschaft könne lediglich ein bisher von dem Erblasser betriebenes Handelsgeschäft fortführen, aber nicht auch ein neues Handelsgeschäft begründen oder ein bestehendes durch Rechtsgeschäft erwerben. Zu diesen Zwecken müsse eine OHG. oder eine KommGes. gegründet werden. Insoweit ist die Stellungnahme des LG. rechtlich nicht zu beanstanden. Sie steht vielmehr in vollem Einklange mit der Rspr. des Senats (JFG. 5, 209; 9, 111). Aus den dort entwickelten Grundsätzen wird nun in dem angefochtenen Beschl. gefolgert, daß auch ein mit dem Nachlaß auf die Erbengemeinschaft übergegangenes gewerbliches Unternehmen von der Erbengemeinschaft als solcher nicht weiterbetrieben werden könne, wenn es beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 2 HGB. in das Handelsregister eingetragen werden müsse und damit zu einem Handelsgewerbe werde. Auf die Rspr. des Senats kann das LG. sich hierfür nicht berufen. Insbes. spricht der Beschl. JFG. 9, 111 nur aus, daß eine Erbengemeinschaft als solche nicht durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden Inhaber eines von ihr nicht ererbten Handelsgeschäftes werden könne, und zwar weder durch eine Neugründung noch durch einen Erwerb von dem bisherigen Inhaber. Ein solcher Fall ist hier aber nicht gegeben. Die BeschwF. haben das von ihnen betriebene Unternehmen im Erbgange erworben. Daß es nunmehr wegen seiner Art und wegen seines Umfanges in das Handelsregister eingetragen werden muß und damit den Vorschriften des HGB. unterworfen wird, ist entgegen der Ansicht des LG. keine „Neugründung eines Handelsgeschäftes" und kann auch nicht gleich einer solchen behandelt werden.

Der Grund dafür, daß eine Erbengemeinschaft ein Handelsgeschäft ihres Erblassers weiterführen kann, liegt in den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes, wonach mehrere Erben hinsichtlich des gesamten Nachlasses, mithin auch eines dazugehörigen Handelsgeschäftes, eine Gesamthandsgemeinschaft bilden, also auch befugt sein müssen, das Handelsgeschäft in dieser Rechtsform zu betreiben, während ihnen nach denselben Vorschriften der rechtsgeschäftliche Erwerb oder die Neugründung eines Handelsgeschäftes nicht gewährleistet ist. Bei dieser Rechtslage kann es für die Zulässigkeit der Fortführung durch die Erbengemeinschaft nicht darauf ankommen, ob das in Frage stehende Unternehmen schon vor dem Erbfall ein vollkaufmännisches oder überhaupt ein kaufmännisches gewesen, sondern lediglich darauf, ob es als solches im Erbgange auf die Erbengemeinschaft übergegangen ist. Denn unter der letzteren Voraussetzung steht es den Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft zu; man kann ihnen daher nicht verwehren, es in dieser Rechtsform zu führen. Das gilt auch dann, wenn es wegen seiner Art und seines Umfanges in das Handelsregister eingetragen werden muß. Es erlangt damit zwar erst nachträglich die Eigenschaft eines Handelsgewerbes, aber nicht auf Grund einer rechtsgeschäftlichen Handlung, die der Erbengemeinschaft, wie die Neu-

gründung oder der Neuerwerb eines Handelsgeschäftes, rechtlich verwehrt wäre, sondern kraft Gesetzes auf Grund einer Anmeldung, zu der die Erbengemeinschaft als Inhaberin des von ihr ererbten gewerblichen Unternehmens nicht nur befugt, sondern sogar verpflichtet ist. Daß die Stellungnahme des LG. nicht richtig sein kann, ergibt sich auch noch aus einer anderen Erwägung. Das LG. muß, um überhaupt die gesetzlich gebotene Eintragung des Unternehmens in das Handelsregister zu ermöglichen, von den Beteiligten verlangen, daß sie durch Vertrag untereinander eine OHG. oder eine KommGes. begründen. Zu einem solchen Vertragsschlusse kann aber niemand gezwungen werden.

Auf Grund des § 2 HGB. sind die Erben lediglich verpflichtet, den ihnen zur gesamten Hand gehörigen Gewerbebetrieb zum Handelsregister anzumelden, aber nicht verpflichtet, ihre rechtlichen Beziehungen hinsichtlich des Unternehmens durch Rechtsgeschäft zu verändern. Dann muß der Betrieb aber in das Handelsregister so eingetragen werden, wie es der durch den Erbfall geschaffenen Rechtslage entspricht, d. h. mit der Erbengemeinschaft als Inhaberin.

Die danach von der Erbengemeinschaft anzumeldende Firma muß, wie das KG.: JFG. 5, 209 ff. näher ausgeführt hat, den Vorschriften über die Bildung der Firma eines Einzelkaufmannes entsprechen und zugleich das Bestehen der Erbengemeinschaft zum Ausdruck bringen. Dem genügt allerdings die angemeldete Firma „Neues Lichtspielhaus, Inhaber August X. Erbengemeinschaft“ nicht, weil sie den nach § 18 Abs. 1 HGB. wesentlichen Familiennamen der Inhaber nebst je einem auszuschreibenden Vornamen nicht enthält. Nachdem aber der Vertreter der Antragsteller selbst vorgeschlagen hatte, die alle Anforderungen erfüllende Firma „Neues Lichtspielhaus, Inhaber Minna und Alfred X. in ungeteilter Erbengemeinschaft“ einzutragen, mußte das Registergericht den Antragstellern zunächst Gelegenheit zu einer entsprechenden Änderung der förmlichen Anmeldung geben. Vorher war eine Zurückweisung des Antrages nicht zulässig.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 6. Okt. 1938, 1 Wx 429/38.) [H.]

*

22. KG. — § 2363 BGB. Überträgt der Nacherbe sein Nacherbenanwartschaftsrecht auf den Vorerben mit der Folge, daß dieser Vollerbe geworden ist, so braucht der Erbschein, wenn zur Zeit seiner Ausstellung der Vorerbe schon Vollerbe war, den Nacherbenvermerk nicht zu enthalten. Die entgegenstehende Auffassung in der Entscheidung des Senats v. 8. Sept. 1932 (1 X 539/32), abgedruckt in DNotZ. 1933, 290 wird aufgegeben.

Der am 26. Okt. 1936 verstorbene Gastwirt Arnold Sch. war in erster Ehe verheiratet mit der am 5. Jan. 1918 verstorbenen Anna Therese Sch. geb. S. Beide errichteten am 14. April 1905 ein gemeinschaftliches Testament. Darin setzten sie sich gegenseitig zu befreiten Vorerben und ihre drei Kinder zu Nacherben ein.

Arnold Sch. heiratete nach dem Tode seiner ersten Ehefrau die Auguste Sch. geb. K.

Am 6. März 1922 schloß Arnold Sch. mit den im Testament genannten Nacherben einen notariell beurkundeten Vertrag ab. In diesem Vertrage wird erklärt, daß der überlebende Ehegatte befreiter Vorerbe des Erstverstorbenen ist. Sodann verpflichtete sich Arnold Sch., jedem Kinde eine bestimmte Summe, nämlich je ein Viertel des Nachlasses der ersten Ehefrau zu zahlen. Dagegen verzichteten die Kinder auf ihr Erbrecht aus dem Testament v. 14. April 1905, insbes. auf das ihnen in diesem Testamente eingeräumte Nacherbrecht.

Auf gemeinschaftlichen Antrag des Ehemannes Sch. und seiner Kinder wurde am 21. Okt. 1926 ein Erbschein des Inhalts erteilt, daß die erste Ehefrau von ihrem Ehemann als befreitem Vorerben beerbt worden ist und daß Nacherben die Kinder sind. Dieser Erbschein ist am 1. Juli 1937 eingezogen worden, weil er infolge des Erbverzichts der Kinder im Vertrage v. 6. März 1922 unrichtig geworden sei.

Der Ehemann Sch. errichtete am 11. Jan. und 19. Aug. 1936 zwei weitere notariell beurkundete Testamente, die seine zweite Ehefrau dahin auslegt, daß sie zur unbeschränkten Erbin eingesetzt sei. Die zweite Ehefrau beantragte im Okt. 1937 unter Berufung darauf, daß sie ihren Mann allein beerbt habe, die Erteilung eines Erbscheins nach der ersten Ehefrau ihres Mannes dahin, daß dieser der alleinige Erbe seiner ersten Ehefrau geworden sei, gegebenenfalls dahin, daß ursprünglich der Ehemann befreiter Vorerbe und die drei Kinder Nacherben geworden seien, daß jedoch infolge des Vertrages v. 6. März 1922 der Ehemann Sch. alleiniger Erbe nach seiner ersten Ehefrau geworden sei. Das AG. wies den Antrag auf Erteilung des Erbscheins zurück. Die Beschw. der Antragstellerin blieb ohne Erfolg. Ihrer weiteren Beschw. gab das KG. statt.

Dem LG. kann nicht darin gefolgt werden, daß der Vertrag v. 6. März 1922 ohne Bedeutung für die Frage ist, welchen Inhalt der beantragte Erbschein haben muß. In diesem Vertrage verzichten die drei Nacherben auf das Nacherbrecht aus dem Testament von 1905. Dieser in notarischer Beurkundungsform ausgesprochene Verzicht auf das Nacherbrecht ist aufzufassen als eine formgültige dingliche Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den Vorerben, der damit, wenn nicht Ersatznacherben noch in Frage kommen, Vollerbe geworden ist (RG.: SeuffArch. 63, 367 = Gruch. 52, 680; ferner SeuffArch. 78, 233; RGZ. 83, 253 = JW. 1914, 150; RGZ. 101, 185; 103, 358; KGJ. 42, 234; 51, 214 = RJA. 16, 232; KG.: DNotZ. 1933, 290). Kommen allerdings, was bisher nicht aufgeklärt ist, Ersatznacherben in Frage, so wird der Vorerbe nur dann unbeschränkter Vollerbe, wenn auch die Ersatznacherben ihre Anwartschaft auf den Vorerben übertragen haben. Zwar hat der Ersatznacherbe die Rechtsstellung eines Nacherben erst von dem Zeitpunkt an, in welchem der Ersatzfall eingetreten ist, der Nacherbe aber kann die Anwartschaft des Ersatznacherben nicht durch die Übertragung seiner Anwartschaft auf den Vorerben vernichten (vgl. KG.: JW. 1937, 1553 i. Verb. m. RGZ. 142, 171 = JFG. 11, 1 = JW. 1934, 355 [11] (m. Anm.) und RGZ. 145, 316 = JFG. 12, 25 = JW. 1935, 513 [7]). Stirbt also der Nacherbe nach dem Erbfall, aber vor dem Nacherbfall, so wird der Ersatznacherbe zum Nacherben auch dann, wenn der zuerst berufene Nacherbe seine Anwartschaft auf den Vorerben übertragen hatte.

Nun ist es zwar richtig, daß der Erbschein, soweit es sich um die Bezeugung der Erbfolge handelt, lediglich die Rechtslage zu bescheinigen hat, wie sie sich beim Tode des Erblassers darstellt (RGZ. 64, 173; KGJ. 29, A 264; 30, A 101; 36, A 112; JFG. 14, 65). Das gilt aber nur für die eigentliche Erbfolge, nicht dagegen für die nach den §§ 2363, 2364 BGB. in den Erbschein aufzunehmenden Vermerke, die Beschränkungen des Erben zum Ausdruck bringen sollen. Ist der Nacherbe oder der Testamentsvollstrecker weggefallen, so bestehen keine rechtlichen Bedenken dagegen, die bezeichneten Vermerke aus dem Erbschein fortzulassen, wenn die Beschränkungen zur Zeit der Ausstellung des Erbscheins nicht mehr bestehen. Daß insbes. für die Aufnahme des Nacherbenvermerks gemäß § 2363 BGB. nur der Zeitpunkt der Erteilung des Erbscheins maßgebend sein kann, folgt aus dem Zwecke dieses Vermerks. Der Vermerk soll nicht etwa das Erbrecht des Nacherben ausweisen und für das Bestehen des Nacherbrechts die Wirkungen der §§ 2365—2367 BGB. herbeiführen, sondern er soll den Nacherben gegen Verfügungen des Vorerben schützen. Auch dient der Vermerk nicht dazu, wenn auch nach Möglichkeit die Personen der Nacherben im Erbschein anzugeben sind, die einzelnen Nacherben um ihrer selbst willen „festzustellen“ (JFG. 6, 135). Aus dem Beschränkungszweck des Vermerks folgt daher mit Notwendigkeit, daß er im Erbschein wegzulassen ist, wenn der Nacherbe zur Zeit der Ausstellung des Erbscheins weggefallen ist. Das ist ganz zweifellos, wenn der Nacherbe ausschließlich für seine Person eingesetzt ist und, ohne daß Vererblichkeit des Nacherbrechts (§ 2108 BGB.) oder Ersatznacherbfolge in Frage kommt, nach Eintritt des Erbfalls, aber vor Eintritt des Nacherbfalls stirbt (KG.: DRZ. 1929 Nr. 136; s. auch Planck [4] § 2363 Anm. 2; JFG. 6, 135). Gleiches muß aber gelten, wenn der Vorerbe durch Übertragung der Nacherbenrechte auf ihn Vollerbe geworden ist.

Der Senat hat, soweit es sich um die Übertragung des Nacherbenrechts auf den Vorerben handelt, so daß dieser Vollerbe geworden ist, in einer früheren Entsch. in bezug auf den Inhalt eines auszustellenden Erbscheins einen anderen Standpunkt eingenommen (s. 1 X 539/32 v. 8. Sept. 1932, abgedr. DNotZ. 1933, 290; zustimmend Güthe-Triebel, „GBO.“ [6] § 35 Anm. 13). In dieser Entsch. ist ausgeführt, daß durch die nach dem Tode des Erblassers erfolgte Übertragung des Nacherbenrechts auf den Vorerben eine Änderung in Ansehung der Erbfolge im eigentlichen Sinne nicht eintritt, ebensowenig wie durch Übertragung des Erbteils seitens eines Miterben auf einen Dritten, weil hier nach herrschender Lehre der Veräußerer Erbe bleibt. Die Erbfolge soll sich grundsätzlich nach dem Tode des Erblassers bestimmen und nicht durch spätere Ereignisse — abgesehen von den Fällen der §§ 1953, 2344 BGB., in denen eine Rückbeziehung eintritt — beeinflußt werden. Es soll danach der Erbschein auch die spätere Übertragung der Nacherbenrechte auf den Vorerben, auch wenn dieser dadurch Vollerbe geworden ist, nicht berücksichtigen dürfen. Der Senat hält an dieser Folgerung aus den oben angeführten Gründen nicht mehr fest. Der Hinweis auf die Übertragung eines Erbteils gemäß § 2033 BGB. vermag die frühere Entsch. nicht zu stützen, da es anerkannten Rechtens ist, daß der Erbteilserwerber nicht Erbe im eigentlichen

Sinne wird (s. RGZ. 64, 173; KGJ. 29, A 264; 30, A 101; 36, A 112; JFG. 14, 65). Es entspricht auch einem dringenden praktischen Bedürfnis, daß eine Beschränkung, die ihrer Natur nach Änderungen unterworfen ist und die ganz wegfallen kann, aus dem Erbschein fortzulassen ist, wenn sie zur Zeit der Erteilung des Erbscheins nicht mehr besteht; sonst würde eine erhebliche Erschwerung des Rechtsverkehrs, dem der Erbschein zu dienen hat, eintreten.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Okt. 1938, 1 Wx 428/38.) [H.]

*

23. KG. — § 2270 BGB. Hat ein Ehegatte seine letztwilligen Verfügungen erkennbar in der Form eines gemeinschaftlichen Testaments errichten wollen, fehlt aber die vorgesehene Beitrittserklärung des anderen Ehegatten, so bestimmt sich die Wirksamkeit der Verfügungen nach § 2270 BGB.

Am 19. Febr. 1937 starb der Erblasser Wilhelm K. Demnächst wurde ein von seiner Hand herrührendes, mit eigenhändiger Orts- und Zeitangabe versehenes und von ihm unterschriebenes Schriftstück v. 27. Dez. 1935 als sein Testament eröffnet. Es lautet zunächst folgendermaßen:

„Unser gemeinschaftliches Testament.

Wir, der Hauseigentümer Wilhelm K. und dessen Ehefrau Klara geb. H. zu Berlin-Schöneberg ... bestimmen hierdurch als unseren letzten Willen was folgt:

1. Wir setzen uns zu Erben ein dergestalt, daß der überlebende Vorerbe ist und zur freien Verfügung über den Nachlaß des zuerst Verstorbenen berechtigt sein soll."

Es folgen sodann die Berufung der beiden Töchter zu Nacherben auf den überrest sowie die Ernennung von Ersatznacherben, ferner die Aussetzung eines Vermächtnisses für die beiden Töchter von je 1000 *RM* zu Lasten des überlebenden Ehegatten für den Fall, daß dieser sich wieder verheiraten sollte, und endlich Bestimmungen über den Ausschluß einer behördlichen Inventarerrichtung.

Die Tochter Else K. hält das Testament wegen Fehlens eines anschließenden Testamentes der Ehefrau K. für unwirksam und erwirkte die Ausstellung eines Teilerbscheins dahin, daß sie — auf Grund gesetzlicher Erbfolge — zu drei Achtel Erbin ihres Vaters geworden sei. Das Nachlaßgericht zog jedoch diesen Erbschein wieder ein, indem es sich auf den Standpunkt stellte, daß das Testament als Einzeltestament des Erblassers in vollem Umfange wirksam sei. Eine hiergegen von der Frau K. mit dem Ziele der Neuerteilung des eingezogenen Erbscheins eingelegte Beschw. wurde vom LG. zurückgewiesen. Eine weitere Beschw. muß Erfolg haben.

Das LG. führt in übereinstimmung mit dem Nachlaßgericht aus, das Testament des Erblassers v. 27. Dez. 1935 sei im Rechtssinne kein „gemeinschaftliches", weil es an der dazu begrifflich notwendigen anschließenden Verfügung der Ehefrau fehle. Es sei demgemäß als ein formgültiges Einzeltestament zu behandeln, ohne daß aus den Vorschriften über gemeinschaftliche Testamente Bedenken gegen die Wirksamkeit der darin getroffenen Verfügungen hergeleitet werden könnten. Diese Auffassung ist rechtlich nicht zu billigen. Allerdings ist zu einem vollständigen gemeinschaftlichen Testament erforderlich, daß in der Testamentsurkunde Verfügungen beider Ehegatten zusammengefaßt werden. Ein solches gemeinschaftliches Testament liegt hier nicht vor, wohl aber ein unvollständiges, nämlich ein von dem Erblasser lediglich als Teil eines gemeinschaftlich errichteten Testaments, das, wie seine Fassung zweifelsfrei ergibt, durch ein entsprechendes Testament der Ehefrau ergänzt werden sollte. Das darf bei der Beurteilung der Wirksamkeit der darin getroffenen Verfügungen nicht unberücksichtigt bleiben. Insbes. muß der Wille des Erblassers, sein Testament als Teil eines gemeinschaftlichen zu errichten, zu der vom LG. abgelehnten Anwendung des § 2270 BGB. führen. Nach dieser Vorschrift soll die Nichtigkeit einer in einem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Verfügung des einen Ehegatten die Unwirksamkeit einer von dem anderen Ehegatten getroffenen Verfügung zur Folge haben, wenn anzunehmen ist, daß die letztere ohne die nichtige Verfügung nicht getroffen sein würde. Damit wird dem Willen jedes Ehegatten, eine von ihm getroffene Verfügung nur unter der Voraussetzung der Wirksamkeit einer sogenannten korrespektiven Verfügung des anderen gelten zu lassen, in der gebotenen Weise Rechnung getragen. Ein solcher Wille kann aber bezüglich der von einem Ehegatten getroffenen Verfügung nicht nur dann vorhanden sein, wenn es zur Errichtung eines vollständigen gemeinschaftlichen Testamentes kommt, sondern ganz ebenso dann, wenn der eine Ehegatte seine Verfügungen in der Erwartung des Beitritts des anderen Ehegatten niedergeschrieben hat, der letztere aber seinen Beitritt nicht vollzieht. Es fehlt jeder innere Grund, diesen Fall anders zu behandeln als denjenigen, daß der zweite Ehegatte seine Beitrittserklärung hinzufügt, hierbei aber nicht die vorgeschriebene Form wahrt. Ob die Verfügungen des zweiten Ehegatten überhaupt nicht getroffen oder ob sie nichtig sind, darf in der Auswirkung auf die Gültigkeit der als korrespektive getroffenen Verfügungen des ersten Ehegatten keinen Unterschied machen. Daraus folgt, daß die Vorschriften des § 2270 BGB. über die Bedeutung der Nichtigkeit einer Verfügung für eine mit ihr korrespektive sinngemäß auch auf den Fall des gänzlichen Fehlens der Verfügung angewendet werden müssen.

Bei solcher Rechtslage steht die Einsetzung der Ehefrau zur befreiten Vorerbin des Erblassers gemäß § 2270 Abs. 2 BGB. vermutungsweise in Abhängigkeit von der entsprechenden Verfügung, welche die Ehefrau nach dem Inhalt des Testamentes zugunsten des Mannes treffen sollte. Das Bestehen einer solchen Abhängigkeit ist aber widerlegbar. Für die Widerlegung könnte insbes. von Bedeutung sein, daß etwa das Vermögen der Frau gegenüber demjenigen des Mannes nur geringfügig gewesen ist und daß demgemäß der Erblasser auf dessen Erwerb keinen entscheidenden Wert gelegt hat, oder daß das vorhandene Gesamtvermögen durch gemeinsame Arbeit der Ehegatten erworben war und der Erblasser es demgemäß — vielleicht — für angemessen gehalten hat, sein Vermögen unter allen Umständen seiner Ehefrau für deren Lebenszeit zur Nutznießung und freien Verfügung zukommen zu lassen. Das bedarf indes noch einer näheren tatsächlichen Erörterung, die dem LG. überlassen bleiben muß.

Ob die Testamentsurkunde von dem Erblasser nur als ein bloßer Entwurf gemeint war, ist ebenfalls eine Frage der tatsächlichen Beurteilung und vom LG. bereits verneint worden. Eine Gesetzesverletzung ist darin nicht erkennbar. Der Umstand, daß die von vornherein offenbar vorgesehene Beteiligung der Ehefrau an der Testamentserrichtung vom Erblasser dann doch nicht veranlaßt worden ist, nötigt nicht zu der Annahme, daß es ihm mit der eigenen Testamentserrichtung von vornherein nicht ernst gewesen sei. Immerhin wird auch diese Frage bei der aus anderem Grunde notwendig werdenden wiederholten Entsch. auf die erste Beschwerde vom LG. erneut zu prüfen sein.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 6. Okt. 1938, 1 Wx 451/38.) [H.]

Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch

24. KG. — Art. 164 EGBGB.; §§ 2, 6, 7 ff. HaubergsO. für den Kreis Siegen v. 17. März 1879 (GS. 228).

1. Die Haubergs-Genossenschaften im Geltungsbereich der HaubergsO. für den Kreis Siegen v. 17. März 1879 sind juristische Personen.

2 a. Das Verfügungsrecht über den Haubergs-Besitz steht mithin der durch den Vorstand vertretenen Genossenschaft zu.

b. Pfandrechte an den Mitgliederanteilen belasten den Grundbesitz der Haubergs-Genossenschaft nicht, so daß zur pfandfreien Abschreibung von Teilen des Hauberg-Besitzes die Zustimmung der Pfandgläubiger oder die Beibringung eines Unschädlichkeitszeugnisses nicht erforderlich ist.

Im vorbezeichneten Grundbuch ist als Eigentümerin eingetragen „die Haubergs-Genossenschaft des Komplexes A der Gemeinde E.". Im Bestandsverzeichnis sind die zu diesem Besitz gehörigen Parzellen verzeichnet und im Anschluß hieran die Mitglieder der Genossenschaft mit der Zahl ihrer Anteile aufgeführt. Diese grundbuchliche Behandlung entspricht dem Rechtszustande auf Grund der HaubergsO. für den Kreis Siegen v. 6. Dez. 1834 und v. 17. März 1879 und den Vorschriften der Instruktion zur Regulierung des Hypothekenwesens der im Departement des OLG. Arnsberg belegenen Hauberge v. 24. Okt. 1841. Der Besitz der Genossenschaft ist gemäß der Vorschrift des § 6 Abs. 2 der HaubergsO. von 1879 unbelastet.

Die Genossenschaft hat nach ordnungsmäßiger Beschlußfassung gemäß §§ 4, 14 der genannten HaubergsO. einige Parzellen in gerichtlicher Urkunde v. 29. Juli 1938 verkauft und an die Käufer aufgelassen. Das GBA. hat den Antrag auf Umschreibung des Eigentums durch Zwischenverfügung dahin beanstandet, daß Unschädlichkeitszeugnisse beizubringen seien, weil die Anteile einiger Genossen verpfändet seien. Für eine der verkauften Parzellen hat das Kulturamt die Erteilung eines Unschädlichkeitszeugnisses verweigert, weil es grundsätzlich auf dem Standpunkt steht, daß ein solches mangels Belastung des im Eigentum der Genossenschaft als einer juristischen Person stehenden Besitzes nicht bedürfe. Die Beschw. der Antragsteller ist vom LG. aus den Gründen der Entscheidung des OLG. in Hamm: KGJ. 47, 167 zurückgewiesen. Die weitere Beschw. ist begründet.

Die Tatsache, daß einzelne Mitgliederanteile verpfändet sind, könnte das Erfordernis der Beibringung eines Unschädlichkeitszeugnisses oder der Zustimmung der Pfandgläubiger nur rechtfertigen, wenn die Mitgliederanteile Bruchteilseigentum an dem Grundbesitz der Genossenschaft — dem sog. Hauberge — begründeten, weil das Pfandrecht an einem Grundstücksbruchteil — ideellen Eigentumsanteil — allen realen Grundstücksteilen zu einem der Größe des gepfändeten Anteils entsprechenden Bruchteil anhaftet. Das letztere ist dann nicht der Fall, wenn die Haubergs-Genossenschaft eine gesamthänderisch verbundene Personengemeinschaft mit ungeteiltem Eigentum, sei es mit sei es ohne juristische Persönlichkeit ist. Ein der Personenmehrheit zustehendes Einheitsrecht ist eine gesamthänderische Berechtigung der einzelnen zu der Personenmehrheit gehörigen Glieder, wenn die Verbundenheit nicht die rechtliche Gestalt einer juristischen Person angenommen hat. Ist das letztere der Fall, ist aus der Personengemeinschaft also ein besondere Rechtsperson geworden, so ist diese allein Eigentümerin des auf ihren Namen erworbenen Vermögens, d. h. es besteht anders als bei einer nicht eine juristische Person bildenden, wenn auch gesamthänderisch verbundenen, Personenmehrheit, nicht eine Anzahl von Einzelrechten, sondern nur ein einziges Einheitsrecht für die juristische Person.

Wie im Nachstehenden ausgeführt wird, weist nun die gesetzliche Regelung der Rechtsverhältnisse der Hauberg-Genossenschaft auf ein der Gesamtheit der Genossen als Einheit zustehendes Eigentum am Hauberg hin und schließt schon damit die Annahme einer Summe von selbständigen ideellen Einzelrechten, wie es die Bruchteilsgemeinschaft ist, aus. Die Entstehungsgeschichte der HaubergsO. v. 17. März 1879 ergibt aber weiter, daß die Vereinheitlichung der Gesamtberechtigung in der Form der Haubergs-Genossenschaft die Gestalt einer juristischen Person angenommen hat.

Nach Art. 164 EGBGB. haben die Haubergs-Genossenschaften unter der Geltung des BGB. diejenige rechtliche Gestalt behalten, in welcher sie bei Inkrafttreten des BGB. bestanden.

Die Grundlage für die Rechtsverhältnisse der Haubergs-Genossenschaften des Kreises Siegen ist die HaubergsO. v. 17. März 1879 (GS. 228), die an die Stelle der älteren HaubergsO. vom 6. Dez. 1834 (Amtsbl. des RegBez. Arnsberg 1835, 7 ff.) getreten ist. Übereinstimmend mit der Fassung des § 1 der letzteren erklärt § 2 HaubergsO. von 1879 die Hauberge — das sind die für forstwirtschaftliche Nutzung bestimmten Grundflächen — für „ungeteiltes und unteilbares Gesamteigentum der sämtlichen Besitzer". Der Gesamtgrundbesitz wurde, wie es auch im vorl. Falle geschehen ist, im Grundbuch als Haubergs-Komplex der Genossenschaft gebucht, während die Mitgliederanteile auf besonderen Blättern, und zwar soweit die Mitglieder eigene Grundstücke besaßen, auf den für diese bestehenden Grundbuchblättern verzeichnet wurden (Hypothekeninstruktion von 1841 und Begründung zu dem ersten Entwurf der HaubergsO. von 1879 § 6 Drucksache Nr. 14 Herrenhaus 1877). Während die HaubergsO. von 1834 in verschiedenen Bestimmungen in bezug auf die Mitgliederanteile von „Miteigentum" sprach (§§ 3, 38), findet sich eine solche Ausdrucksweise in der HaubergsO. von 1879 nicht; diese nennt das Gemeinschaftsrecht der Genossenschaft vielmehr „Gesamteigentum" und die Einzelrechte der Genossen „Anteile" an diesem (§§ 7, 8 daselbst) und bestimmt in § 6 Abs. 1, daß die Haubergs-Genossenschaft „unter ihrem Namen Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, insbes. Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben und vor Gericht klagen und verklagt werden könne". § 6 Abs. 2 verbietet die Verpfändung oder sonstige Belastung des Hauberg-Besitzes.

Die Entscheidung des OLG. Hamm: KGJ. 47, 167 betraf die Frage, ob der Grundbesitz einer im Kreise Siegen bestehenden Haubergs-Genossenschaft durch den Vorstand veräußert werden könne, oder ob dazu eine Auflassung durch sämtliche Anteilseigner notwendig sei. Die Entscheidung hing davon ab, ob die Haubergs-Genossenschaft juristische Person und als solche selbst Eigentümerin des Grundbesitzes ist, oder ob an dem letzteren Bruchteilseigentum der Genossen besteht. Das KG. hatte die Sache gemäß Art. 7 PrFGG. dem örtlich zuständigen OLG. Hamm zur Entscheidung überwiesen. Dieses hat die vorstehende Frage im letzteren Sinne entschieden, also angenommen, daß die Haubergs-Genossenschaft weder eine juristische Person noch eine Gesamthandsgemeinschaft, sondern eine Bruchteilsgemeinschaft sei. Sie hat sich für ihren Standpunkt auf die Entstehungsgeschichte der HaubergsO. von 1879 berufen und sich im übrigen auf die in Übereinstimmung mit § 1 HaubergsO. von 1834 in § 2 HaubergsO. von 1879 gegebenen Bezeichnung der Hauberge als „Gesamteigentum der sämtlichen Besitzer" und auf das im § 7 HaubergsO. von 1879 anerkannte Recht der Mitglieder zur freien Verfügung über ihre Anteile gestützt, endlich auf die grundbuchliche Behandlung des Haubergs-Besitzes in der Instruktion von 1841 verwiesen. Diesem Standpunkt, der im Gegensatz zu der ständigen Rspr. des OVG. (OVG. 57, 167; VerwBl. 35, 910) und der einhelligen Meinung des Schrifttums steht (Delius, „Hauberge und Haubergs-Genossenschaften des Siegerlandes" S. 79 ff.; Gierke, „Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung" S. 322, 323; Holzapfel: PrVerwBl. 39, 397; Förster-Eccius, „Preuß. Privatrecht", 7. Aufl., Bd. IV S. 283 Anm. 109; Dernburg, „Bürgerliches Recht" Bd. I S. 72 III; Rosin, „Recht der öffentlichen Genossenschaft" S. 88; Hille: AgrarZ. 17, 109), vermag sich das KG. nicht anzuschließen.

Der Umstand, daß § 2 HaubergsO. von 1879 in Übereinstimmung mit § 1 HaubergsO. von 1834 die Hauberge als „ungeteiltes und unteilbares Gesamteigentum der sämtlichen Besitzer" bezeichnet, spricht zunächst für sich allein betrachtet im Hinblick auf die deutschrechtliche Auffassung des Begriffes der Gesamtberechtigung mehr für ein gesamthänderisches Eigentum einer als rechtliche Einheit gedachten Gesamtheit der Mitglieder. Da aber andererseits bei gesamthänderischer Berechtigung einer Personenmehrheit den einzelnen Mitgliedern grundsätzlich keine selbständige Bruchteilsberechtigung an den der Gesamtheit gehörigen Gegenständen zusteht, auch die Annahme von Einzeleigentumsrechten der Mitglieder des Personenverbandes, sei es neben dem Gesamtrecht, sei es innerhalb desselben, mit der in der deutschen Rechtsordnung feststehenden Wesensart des Gesamthandrechts nicht vereinbar ist, könnte die Bestimmung in § 7 HaubergsO. von 1879, daß den Genossen die „freie Verfügung über ihre Anteile" zustehe, allerdings den Anschein erwecken, als sollte hiermit auf ein Bruchteilseigentum der einzelnen Mitglieder hingewiesen werden. Daß man mit einer solchen Auslegung der Auffassung des Gesetzgebers nicht gerecht werden würde, ergibt sich jedoch, worauf auch das OVG. in der Entscheidung: PrVerwBl. 35, 910 und Holzapfel ebenda 39, 397 zutreffend hinweisen, zweifelsfrei aus der vom OLG. Hamm zu Unrecht für seinen gegenteiligen Standpunkt verwerteten Entstehungsgeschichte der HaubergsO von 1879. (Wird ausgeführt.)

Aus den §§ 2, 6 HaubergsO. von 1879 und der Begründung hierzu erhellt, daß der Gesetzgeber einen ausdrücklichen Ausspruch über die Rechtseigenschaft der Hauberg-Verbände als juristische Personen für entbehrlich hielt, weil die Rechtsfähigkeit der Verbände sich nach seiner Auffassung aus den ihnen im Gesetz beigelegten Befugnissen von selbst ergibt.

Sind die Hauberg-Verbände juristische Personen, so sind sie als solche Träger des für sie erworbenen Vermögens, welches denjenigen Vermögenswerten, die den Gegenstand der Anteilsrechte bilden, rechtlich selbständig gegenübersteht und im Gegensatz zu dem Vermögen einer in Bruchteilsgemeinschaft stehenden Personenmehrheit rechtlich nicht gleichbedeutend ist mit der Summe der in den Anteilsberechtigungen der Genossen verkörperten Vermögenswerte.

Hiernach kann aus der Vorschrift des § 7, daß die Genossen über ihre Anteile frei verfügen können, weder gefolgert werden, daß die Anteile i. S. von Eigentumsbruchteilen zu verstehen seien, noch daß sie dingliche Belastungen des Grundstücksbesitzes der Genossenschaft darstellen. Vielmehr ist, wie Gierke und Delius a. a. O. und OVG.: PrVerwBl. 35, 910 ausführen, unter dem Anteilsrecht der Inbegriff der Nutzungsbefugnisse der Mitglieder zu verstehen, der ähnlich wie die in einer Aktie und insbes. in dem Kux einer altrechtlichen Gewerkschaft verkörperten Vermögensrechte mit einer Art rechtlicher Selbständigkeit ausgestattet und als dingliche Berechtigung eigener Art selbständig veräußerlich und verpfändbar ist. Daß die rechtliche Selbständigkeit des Anteilsrechts jedoch gegenüber dem Verbande nur eine beschränkte ist, zeigt sich darin, daß sein wesentlicher Inhalt, die Nutzungsbefugnisse bzgl. des Haubergs-Besitzes, gegenständlich durch den Körperschaftswillen insofern verändert werden kann, als die Körperschaft das Recht zur Verfügung über die Substanz hat und dadurch in der Lage ist, das von der Nutzung betroffene Grundeigentum durch Erwerbung neuer oder Freigabe vorhandener Flächen zu verändern und dadurch den Inhalt der Nutzungsrechte gegenständlich zu erweitern oder zu schmälern (vgl. hierzu Delius a. a. O. S. 80, 82).

Gegen diese Auffassung kann auch nicht geltend gemacht werden, daß die Begründung zu § 6 des ersten Entwurfs zur pfandfreien Abschreibung eines Hauberg-Grundstücks aus dem Hauberg-Besitz Unschädlichkeitszeugnisse oder die Zustimmung nicht nur der auf dem Gesamteigentum des Verbandes (Realfolium) eingetragenen, sondern auch der auf den Anteilen (Spezialfolium) eingetragenen Gläubiger für erforderlich erklärt, obwohl gerade der erste Entwurf die Genossenschaften ausdrücklich als juristische Personen bezeichnete. Abgesehen davon, daß, wie oben dargelegt wurde, das Eigentum des Gesamtverbandes zufolge seiner Eigenschaft als juristische Person und Träger des Genossenschaftsvermö-

gens dem vermögensrechtlichen Inhalt der Anteilsberechtigungen selbständig gegenübersteht, so daß Belastungen der Anteilsrechte nicht zugleich Belastungen des Verbandseigentums darstellen, fällt ins Gewicht, daß erst durch den zweiten Entwurf in § 6 Abs. 2 die Unzulässigkeit der Verpfändung und sonstigen Belastung der Hauberge, daß heißt des Grundstückseigentums der Gesamtheit ausgesprochen ist, und zwar ausweislich der oben wiedergegebenen Begründung zu dem Zwecke, die Möglichkeit auszuschließen, daß die Hauberg-Verbände schuldenhalber zwangsweise zur Auflösung kommen, wobei gleichzeitig darauf hingewiesen wird, daß das Kreditbedürfnis der einzelnen Genossen durch Verpfändbarkeit ihrer Anteile gedeckt und deshalb kein Bedürfnis für die Belastung des ganzen Haubergs anzuerkennen sei. Durch diese Ausführungen der Begründung wird noch besonders zum Ausdruck gebracht, daß Verpfändungen der Anteile keine Belastungen des Hauberg-Besitzes des Verbandes darstellen.

Durch die Verpfändbarkeit der Anteile ist also den Kreditbedürfnissen der Genossenschaftsmitglieder, welche das LG. für seine Auffassung von dem rechtlichen Wesen der Hauberg-Genossenschaft und dem an ihrem Grundbesitz bestehenden Eigentumsverhältnissen mitverwerten zu können glaubt, rechtlich und wirtschaftlich genügend Rechnung getragen.

Die Hauberg-Genossenschaften im Kreise Siegen sind also unter der Geltung der HaubergsO. v. 17. März 1879 als juristische Personen anzusehen und als solche in der Lage, Teile des Hauberg-Besitzes pfandfrei zu veräußern, ohne im Falle der Belastung von Mitgliederanteilen eines Unschädlichkeitsattestes oder der Zustimmung der Pfandgläubiger zu bedürfen. Ob die Haubergs-Genossenschaften als juristische Personen dem öffentlichen Recht angehören, wie allgemein im Schrifttum angenommen wird (vgl. insbes. Delius, Gierke und Förster-Eccius a. a. O.), kann, als für den vorl. Fall unerheblich, unerörtert bleiben.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Okt. 1938, 1 Wx 510/38.) [H.]

Handelsrecht

25. KG. — §§ 71, 73, 148 AktG. Die Änderung der Satzung einer Aktiengesellschaft kann ebenso wie die Änderung des Vorstandes auch durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen in unechter Gesamtvertretung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.

Als Vorstandsmitglieder der D.-K. Aktiengesellschaft sind im Handelsregister die Direktoren B. und M. eingetragen. Die Aktiengesellschaft wird nach ihrer Satzung durch zwei Vorstandsmitglieder oder durch ein Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Am 13. Mai 1938 wurde in einer Hauptversammlung eine Änderung der Satzung beschlossen. Die Änderung wurde durch das Vorstandsmitglied B. und den Prokuristen P. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. In der Zwischenzeit war das andere Vorstandsmitglied M. in seinem Einverständnis von dem Aufsichtsrat entlassen worden. Das RegGer. beanstandete die Anmeldung dahin, daß sie gemäß § 148 AktG. vom Vorstand, also hier von zwei Vorstandsmitgliedern, bewirkt werden müsse und daher die Mitwirkung eines Prokuristen unzulässig sei. Die Beschw. der Aktiengesellschaft wurde vom LG. mit folgender Begründung zurückgewiesen: Selbst wenn man die Mitwirkung des Prokuristen an Stelle des zweiten Vorstandsmitglieds für zulässig halten wollte, könne dies nur so lange gelten, als tatsächlich auch zwei Vorstandsmitglieder vorhanden seien, die Gesellschaft also wirklich über die erforderliche Anzahl von Mitgliedern der Vertretungsorgane verfüge. Das sei hier aber nicht der Fall, weil vor der Anmeldung das zweite Vorstandsmitglied M. entlassen sei. Abgesehen davon müsse auch der Ansicht des RegGer., daß die Anmeldung der Satzungsänderung nicht durch eine unechte Gesamtvertretung erfolgen könne, beigetreten werden. Die gegenteilige Auffassung finde in der Entsch. des KG. v. 23. Dez. 1936, 1 Wx 527/36 = JW. 1937, 890 (mit Anm. von Groschuff) = DNotZ. 1937, 345 = Bankarchiv 1936/37 S. 232 keine ausreichende Stütze. Denn im vorliegenden Falle betreffe die Anmeldung eine rechtsbegründende Erklärung, weil nach § 148 Abs. 3 AktG. die Änderung der Satzung ihre Wirkung erst mit der Eintragung im Handelsregister erlange.

Der Auffassung der Vorinstanzen vermag der Senat nicht zu folgen. In dem vom LG. angezogenen Beschl. 1 Wx 527/36 hatte der Senat im Anschluß an die insbes. vom RG.: RGZ. 134, 303 = JFG. 9, 1 = JW. 1932, 717 u. 1017 (vgl. auch KG. 1 X 12/33 = JW. 1933, 1466 = DNotZ. 1933, 329) angestellten Erwägungen und in Ablehnung der gegenteiligen Ansicht von Fischer (JW. 1932, 1017) die Ansicht vertreten, daß die in § 234 HGB. (jetzt § 73 AktG.) behandelten Veränderungen (Änderung des Vorstandes usw.) auch durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen in unechter (gemischter) Gesamtvertretung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden können. Dieser Beschl. hat im Schrifttum fast durchweg Zustimmung erfahren (vgl. die Kommentare zum AktG. von Schlegelberger-Quassowski § 71 Anm. 14 und § 73 Anm. 3, Ritter, § 71 Anm. 4b und § 74 Anm. 4, Koenige, § 71 Anm. 2b und § 73, Baumbach, 2. Aufl., Anm. 4C und § 73 Anm. 2B, von Godin-Wilhelmi, § 73 Anm. II 3 ohne eigene Stellungnahme; ebenso Krieger-Lenz, „Firma und Handelsregister" S. 312 und für das HGB. z. B. Brodmann, § 234 Anm. 2a). Anderer Ansicht ist Groschuff: JW. 1937, 890 Anm. Seine Gegengründe überzeugen jedoch nicht. Daß die Aktiengesellschaft auch durch eine unechte Gesamtvertretung im Sinne des BGB. und jetzt des AktG. gesetzlich vertreten wird, daß also die unechte Gesamtvertretung wie die echte Gesamtvertretung ein gesetzliches Vertretungsorgan ist, hat das RG. in der erwähnten Entsch. ausdrücklich hervorgehoben (ebenso KG. in 1 X 12/33). Dagegen sind zwei Gesamtprokuristen selbstverständlich kein gesetzliches Vertretungsorgan. Es ist deshalb eine durch nichts gerechtfertigte Unterstellung von Groschuff, daß das KG. auch zwei Prokuristen zu einer Anmeldung zulassen wolle. Etwas Derartiges kommt überhaupt nicht in Frage (vgl. § 232 Abs. 2 S. 1 HGB., § 71 Abs. 3 S. 1 AktG. und dazu Ritter, § 71 Anm. 4b, Krieger-Lenz S. 312). Der wesentlichste Einwand von Groschuff geht dahin, daß der § 231 HGB. dem Vorstand die „gerichtliche und außergerichtliche Vertretung" übertrage, der § 232 HGB. dagegen nur von der Vertretung bei „Willenserklärungen" spreche. Zutreffend weist Ritter (§ 71 Anm. 4b) demgegenüber darauf hin, daß der Einwand, wenn ihm überhaupt eine Bedeutung zukäme, jedenfalls jetzt dadurch ausgeräumt sein würde, daß — infolge der Zusammenziehung der §§ 231 Abs. 1 u. 2, 232 HGB. in den § 71 AktG. — nach § 71 Abs. 1 AktG. der Vorstand die Gesellschaft gerichtlich und außergerichtlich vertritt und § 71 Abs. 3 eben diese Vertretung ohne jede Einschränkung auch einem Vorstandsmitglied und einem Prokuristen in der Satzung einzuräumen gestattet. Der Senat hält deshalb auch für das Anwendungsgebiet des § 73 AktG. daran fest, daß die Anmeldung der dort behandelten Veränderungen durch ein Vorstandsmitglied und einen Prokuristen in unechter Gesamtvertretung erfolgen kann.

Unter diesen Umständen besteht kein Grund, die gleichlautende Bestimmung des § 148 AktG. (früher § 277 HGB.), nach der der Vorstand die Satzungsänderung anzumelden hat, anders als den § 73 AktG. (früher § 234 HGB.) auszulegen. Der Hinweis des Senats in dem Vorbeschluß, daß die Anmeldung „im Falle des § 234 HGB." (§ 73 AktG.) „auch nicht rechtsbegründend wirke" — im Gegensatz zur Anmeldung einer Satzungsänderung, die erst mit der Eintragung Wirksamkeit erlangt (§ 277 Abs. 3 HGB. = § 148 Abs. 3 AktG.) —, richtete sich allein gegen die Beweisführung von Fischer: JW. 1932, 1017, daß der Prokurist bei der Bestellung eines Vorstandsmitglieds nicht mitwirken könne und deshalb auch bei der Anmeldung nicht mitwirken dürfe, und war dort notwendig. Damit war aber nicht gesagt, daß der Senat die unechte Gesamtvertretung nur auf eine Anmeldung mit berichtigender Wirkung beschränken wollte. Die damalige Entsch. beruhte vielmehr maßgeblich auf dem in den §§ 231, 232 HGB. und jetzt in dem § 71 AktG. aufgestellten allgemeinen Grundsatz, daß der echten Gesamtvertretung die unechte Gesamtvertretung gleichsteht und daß jede Vertretung für sich ein gesetzliches Vertretungsorgan darstellt. Dieser Grundsatz muß daher ohne Rücksicht darauf, ob die Anmeldung nur berichtigende oder rechtserzeugende Wirkung hat, überall da Platz greifen, wo das AktG. eine Anmeldung durch den „Vorstand" vorschreibt, soweit es nicht selbst etwas Abweichendes bestimmt (wie z. B. im Falle des § 28 AktG.). Die Antwort darauf, was unter Vorstand in solchen Fällen zu verstehen ist, ist also jeweils aus § 71 AktG. zu entnehmen.

Der Wirksamkeit der im vorliegenden Falle durch das eine Vorstandsmitglied in Gemeinschaft mit dem Prokuristen vorgenommenen Anmeldung steht auch der Umstand nicht entgegen, daß im Zeitpunkt der Anmeldung das andere Vorstandsmitglied M. aus seinem Amt bereits entlassen war. Denn die unechte Gesamtvertretung ist ebenso wie die echte Gesamtvertretung und neben dieser ein gesetzliches Vertretungsorgan der Aktiengesellschaft. Kann daher die Aktiengesellschaft nicht durch die echte Gesamtvertretung vertreten werden, weil das eine von den beiden Vorstandsmitgliedern fortgefallen ist, dann ist dies ohne Einfluß auf die Vertretungsbefugnis der aus dem noch amtierenden anderen Vorstandsmitglied und dem Prokuristen bestehenden unechten Gesamtvertretung.

Nach alledem ist die Anmeldung durch das Registergericht aus dem angegebenen Grunde zu Unrecht beanstandet.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 22. Sept. 1938, 1 Wx 427/38.) [H.]

26. OLG. — § 6 Ges. über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften v. 5. Juli 1934 (RGBl. I, 569). § 6 a. a. O. ist nicht nur auf Kapital-, sondern auch auf Neben- (Zins-) Forderungen anwendbar. Wer einen ihm gesetzlich zustehenden Anspruch verfolgt, handelt nur ausnahmsweise rechtsmißbräuchlich.

§ 6 UmwandlG. bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß er nur auf „Kapitalforderungen" anzuwenden ist. Auch die Erläuterungen bei Pfundtner-Neubert sagen davon nichts. Wenn § 6, ohne Einschränkungen zu machen, sagt, daß „den Gläubigern Sicherheit zu leisten ist, soweit sie nicht eine Befriedigung verlangen können", ist anzunehmen, daß die Sicherheit für jede Art von Forderungen zu leisten ist. Es ist auch nicht einzusehen, warum Gläubiger von Zins-(Neben-)Forderungen anders als Gläubiger von Kapitalforderungen behandelt werden sollen. Ein allgemeiner Rechtssatz, daß Sicherheit niemals für Nebenforderungen verlangt werden könne, existiert nicht. Diese Auslegung des § 6 widerspricht auch nicht dem Zweck des Gesetzes. Dieser geht nicht nur dahin, eine Schlechterstellung der Gläubiger der umgewandelten Gesellschaft durch die Umwandlung zu verhindern. § 6 räumt vielmehr ausdrücklich solchen Gläubigern, die — z. B. wegen Nichtfälligkeit ihres Anspruchs — noch keine Befriedigung erlangen können, eine Besserstellung insofern ein, als er ihnen ein Recht auf Sicherheitsleistung gewährt, das sie bisher nicht hatten.

Es kann daher auf sich beruhen, ob die Annahme der Kl., daß der Bekl. nur eine Zins-(Neben-)Forderung habe, überhaupt richtig ist. — Nachdem ferner der RJM. durch Bescheid v. 18. März 1938, Abschrift in Anlage A/9 den Antrag der Kl. auf Befreiung von der Sicherheitsleistung abgelehnt hat, kann sie im vorliegenden Rechtsstreit nicht mehr einwenden, die Auferlegung der Sicherheit stelle eine unbillige Härte dar. Diese Feststellung hat vielmehr auf Grund §§ 1, 2 DurchfVO. z. UmwandlG. allein der RJM. mit bindender Wirkung für das ordentliche Gericht zu treffen und hat sie mit dem ablehnenden Bescheide in verneinendem Sinne getroffen.

Ebensowenig liegt ein Rechtsmißbrauch vor, wie das LG. zutreffend ausführt. Wer einen ihm gesetzlich zustehenden Anspruch verfolgt, handelt nur ausnahmsweise rechtsmißbräuchlich. Das UmwandlG. geht selbst davon aus, daß durch die Umwandlung den Gläubigern der alten Gesellschaft Nachteile entstehen können, und gewährt daher den Anspruch auf Sicherheitsleistung, ohne daß Angabe oder Nachweis eines berechtigten Grundes dafür gefordert wird. Da vorliegendenfalls die Tilgung des Anspruchs erst bis 1957 zu erfolgen hat und in so langer Zeit eine Verschlechterung der Lage der Kl. nicht außerhalb jeder Möglichkeit liegt, erscheint das Verlangen nach Sicherheitsleistung keineswegs grundlos.

(OLG. Hamburg, 6. ZivSen., Urt. v. 14. Okt. 1938, 6 U 289/38.)

*

27. KG. — § 30 FGG.; § 29 BGB. Die Bestellung eines Notvertreters gemäß § 29 BGB. für eine Gewerkschaft neuen Rechts ist nur dann Handelssache i. S. des § 30 FGG., wenn die Gewerkschaft im Handelsregister eingetragen ist.

Den Antrag einer nicht im Handelsregister eingetragenen Gewerkschaft neuen Rechts, für ein rechtlich behindertes Mitglied ihres Grubenvorstandes einen Vertreter gemäß § 29 BGB. zu bestellen wies das AG. ab. Die Beschw. hiergegen wurde von der Kammer für Handelssachen des LG. zurückgewiesen. Die weitere Beschw. führt aus einem verfahrensrechtlichen Grunde zur Aufhebung der Vorentscheidung.

Nach § 30 FGG. entscheidet über Beschw. in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bei dem LG. ein ZK., an deren Stelle in Handelssachen eine etwa gebildete Kammer für Handelssachen tritt. Als Handelssachen in diesem Sinne gelten grundsätzlich nur die im 7. Abschnitt des FGG. unter dieser Überschrift behandelten sowie die in anderen Gesetzen den Vorschriften des FGG. über Handelssachen unterstellten Angelegenheiten (Schlegelberger, „FGG." § 30 Anm. 1; KGJ. 39 A 140; 48, 137). Die Bestellung eines fehlenden Vorstandsmitgliedes gemäß § 29 BGB. durch das AG., wie sie hier verlangt wird, ist ausdrücklich weder in den §§ 125—158 FGG. genannt noch sonst diesen Vorschriften unterstellt. Wie der Senat bisher angenommen hat, ist der Kreis der im 7. Abschnitt behandelten Angelegenheiten aber nicht beschränkt auf die durch Anführung bestimmter Gesetzesvorschriften bezeichneten Fälle; vielmehr ist zu prüfen, welche Angelegenheiten das Gesetz hier überhaupt regeln wollte. Diese Prüfung führt zu dem Ergebnis, daß für Handelsgesellschaften und Genossenschaften das Verfahren bei Bestellung von Vertretern durch das Gericht ganz allgemein geregelt werden sollte, also auch dann, wenn die Bestellung auf Grund des § 29 BGB. erfolgt, der — abgesehen von Aktiengesellschaften, für die eine dem § 29 entsprechende Bestimmung jetzt in § 76 AktG. ausdrücklich aufgenommen ist — als allgemeine Vorschrift die Spezialregelung in den Sondergesetzen wie GmbHG. und GenG. ergänzt (vgl. KGJ. 49, 274). Die Bestellung fehlender Vertreter von Handelsgesellschaften und Genossenschaften auf Grund ergänzender Anwendung des § 29 BGB. ist deshalb stets Handelssache i. S. des § 30 Abs. 1 S. 2 FGG. Die in den §§ 94 ff. ABG. geregelte Gewerkschaft neuen Rechts ist eine juristische Person, auf die § 29 BGB. neben dem Sonderfalle des § 127 Abs. 2 ABG. Anwendung findet (RGZ. 86, 340 = JW. 1915, 527; KG.: JFG. 13, 82 = JW. 1935, 3562 [39]; BayObLG.: JFG. 3, 30). Sie ist keine Handelsgesellschaft, wird aber Kaufmann, wenn sie sich auf Grund des § 2 HGB. in das Handelsregister eintragen läßt (Westhoff-Bennhold, „Gewerkschaftsrecht" [2] S. 80 ff.). Wird nun für eine Gewerkschaft, die durch Eintragung im Handelsregister Kaufmannseigenschaft erlangt hat, ein fehlender Repräsentant oder ein Mitglied des Grubenvorstandes durch das Registergericht gemäß § 29 BGB. bestellt, so erscheint es geboten, diese Bestellung als Handelssache in dem dargelegten Sinne anzusehen, da die Gewerkschaft dann einer Handelsgesellschaft insoweit gleichgesetzt werden muß. Wenigstens ist ein vernünftiger Grund für eine abweichende Behandlung nicht erkennbar. Ist dagegen die Gewerkschaft nicht im Handelsregister eingetragen und daher nicht Kaufmann, so entspricht sie in dieser Hinsicht einem Verein des bürgerlichen Rechts. Die Bestellung eines Notvertreters kann dann ebensowenig Handelssache sein wie bei einem bürgerlichrechtlichen Verein (vgl. auch Beschl. des Senats v. 17. März 1938, 1 Wx 52/38).

Da hier die Antragstellerin nicht im Handelsregister eingetragen ist, war eine Zuständigkeit der Kammer für Handelssachen zur Entsch. über die Beschw. gegen die Ablehnung des Antrages auf Bestellung eines Notvertreters gemäß § 29 BGB. nicht begründet; vielmehr ist nach § 30 Abs. 1 FGG. die ZK. zuständig.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 13. Okt. 1938, 1 Wx 458/38.) [H.]

Devisenrecht

28. KG. — § 28 DurchfVO. z. DevG. v. 4. Febr. 1935 (RGBl. I, 114); § 135 BGB.; § 18 GBO.

1. Ist dem GBA. bekannt, daß gegen den Grundstückseigentümer ein nicht im Grundbuch eingetragenes relatives Verfügungsverbot besteht, so hat es eine dem Verbot widersprechende Eintragung davon abhängig zu machen, daß entweder das Verfügungsverbot in das Grundbuch eingetragen oder daß ihm nachgewiesen wird, der durch das Verbot Geschützte habe der Eintragung zugestimmt, oder die Eintragung sei ihm gegenüber wirksam.

2. In derselben Weise ist ein Antrag zu beanstanden, wenn er während der Dauer einer nach § 28 DurchfVO. z. DevG. vom 4. Febr. 1935 angeordneten Beschlagnahme eingegangen, die Beschlagnahme aber inzwischen aufgehoben worden ist.

Gegen den eingetragenen Eigentümer erließ das AG. am 23. April 1938 einen Arrestbefehl in das Gesamtvermögen zur Sicherung der Geldstrafe und der Einziehung gemäß § 27 Abs. 1 der 1. DurchfVO. zum Ges. über die Devisenbewirtschaftung vom 4. Febr. 1935 i. Verb. m. §§ 42 Abs. 1 Ziff. 7, 46 DevG., §§ 416, 417 RAbgO. In einem zweiten Beschl. von demselben Tage ordnete das AG. zur Sicherstellung des vorgenannten Arrestbefehls und dessen Vollziehung gemäß § 28 der 1. DurchfVO. z. DevG. i. Verb. m. §§ 42 Abs. 1 Ziff. 7, 45 Abs. 3, 46 DevG., §§ 416, 417 RAbgO. die Beschlagnahme des gesamten Vermögens an. Am 25. April 1938 reichte die X. Bank die Urkunde v. 27. Nov. 1936 zu den Grundakten, worin der Grundstückseigentümer bewilligte und beantragte, eine unverzinsliche Grundschuld von 55 000 *RM* zu ihren Gunsten in das Grundbuch einzutragen. Eine Erklärung über die Aushändigung des Grundschuldbriefes enthält die Urkunde nicht. Das GBA. beanstandete den Antrag durch Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO. und verlangte den Nachweis, daß die Beschlagnahme aufgehoben und der Antrag von der Devisenstelle genehmigt worden sei. Gegen diese Verfügung legte die Bank Beschw. ein. Während des Verfahrens ging am 25. Mai 1938 der Antrag des Generalstaatsanwalts, Abt. für Devisenstrafsachen, bei dem GBA. ein, in Vollziehung des Arrestbefehls v. 23. April 1938 auf dem Grundstück eine Sicherungshypothek von 100 000 *RM* zugunsten der Reichsjustizverwaltung in das Grundbuch einzutragen. Durch Beschl. v. 4. Juni 1938 hob das AG. die Beschlagnahme des Vermögens auf. Das LG. wies die Beschw. der Bank zurück. Ihre weitere Beschw. hat Erfolg.

Die auf Grund des § 45 DevG., § 28 der 1. DurchfVO. angeordnete Vermögensbeschlagnahme hat die Wirkung eines rela-

tiven Veräußerungsverbots i. S. des § 135 BGB. (§ 28 Abs. 3 DurchfVO.; JFG. 15, 318 = JW. 1937, 2452 [12]). Eine nach der Beschlagnahme vom Betroffenen vorgenommene Verfügung ist also nicht schlechthin nichtig, sondern nur dem Deutschen Reich gegenüber unwirksam. Als relatives Verfügungsverbot kann die Beschlagnahme in das Grundbuch eingetragen werden (Meikel-Imhof, 4. Aufl., Anm. 108 vor § 13). Wie das GBA. über den Eintragungsantrag zu befinden hat, wenn ihm bekannt ist, daß gegen den Betroffenen ein im Grundbuch nicht eingetragenes relatives Verfügungsverbot besteht, ist im Schrifttum bestritten. Das LG. nimmt an, daß das GBA. durch Zwischenverfügung auf die vorgängige Eintragung des Verfügungsverbots hinzuwirken oder aber den Nachweis zu verlangen habe, daß der Geschützte der beantragten Eintragung zustimme oder daß sie ihm gegenüber wirksam sei. Diese Auffassung entspricht auch der Rspr. des Senats (KGJ. 44, 179; HöchstRRspr. 1934, 1095; die in den Erläuterungsbüchern vielfach für die Gegenmeinung angeführte Entsch. KGJ. 52, 125 besagt für die vorliegende Frage nichts Gegenteiliges). Sie wird geteilt von Güthe-Triebel, Anm. 70 vor § 13; Meikel-Imhof, Anm. 69 vor § 13; Henke-Mönch, § 22 Anm. 7 Ca. Das RG. hat sich, soweit ersichtlich, zu der Frage noch nicht geäußert. Die Entsch. RGZ. 105, 76 spricht von dem Grundsatz, daß durch Eintragung eines relativen Verfügungsverbots das Grundbuch nicht gesperrt werde, sagt aber nichts zu der Frage, ob das Grundbuch bis zur Eintragung des Verfügungsverbots gesperrt wird. Das BayObLG. hat in den Entsch. BayObLG. 25, 444 und JFG. 4, 420 nur die Gegenmeinung als „herrschend" bezeichnet, aber keine eigene Stellung zu der Frage genommen. Dagegen nehmen Planck, Anm. VII 2 b vor § 876 BGB.; RGRKomm. § 878 BGB. Anm. 2; Staudinger, § 892 Anm. 84; Hesse-Saage, § 19 GBO. Anm. III 1 a an, daß relative Verfügungsbeschränkungen das Grundbuch (abgesehen vom Fall der Löschung auf Grund einer Bewilligung des in der Verfügung Beschränkten) auch dann nicht sperren, wenn sie im Grundbuch nicht eingetragen sind. Der Senat hält jedoch auch bei nochmaliger Prüfung an seiner bisherigen Auffassung fest. Das GBA. hat, um das Grundbuch nach Möglichkeit richtig zu halten, die Verfügungsbefugnis des Betroffenen zu prüfen. Auch durch nur relative Verfügungsverbote wird der Betroffene in seinen Verfügungsbefugnissen derart geschmälert, daß er nicht zum Nachteil einer bestimmten Person verfügen darf. Eine diesem Verbot zuwiderlaufende Eintragung, die vor der Buchung des Verfügungsverbots erfolgt, würde das Grundbuch unrichtig machen, wenn der Erwerber des Rechts bösgläubig ist und der Geschützte der Eintragung nicht zugestimmt hat. Um diese Unrichtigkeit zu vermeiden, hat das GBA. den Eintragungsantrag zu beanstanden und notfalls zurückzuweisen. Allerdings hängt es im einzelnen Fall vom Belieben des Geschützten ab, ob er seine Rechte geltend machen will. Dieser von der Gegenmeinung angeführte Grund kann aber nicht ausschlaggebend sein. Zunächst ist es sicherlich ein Ausnahmefall, daß der Geschützte seine eben erst durch die Anrufung einer Behörde errungene Rechtsstellung teilweise durch Genehmigung einer Verfügung wieder aufzugeben bereit ist. Wenn er das tun will, wird dem Erwerber des Rechts oder dem in der Verfügung Betroffenen aber nichts Unbilliges zugemutet, wenn das GBA. den Nachweis der Zustimmung verlangt. In der Regel wird der Fall so liegen, daß der Geschützte die Eintragung nicht genehmigen will, daß er von dem Antrage überhaupt nichts weiß, und daß es ihm aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, so schnell für eine Eintragung des Verfügungsverbots zu sorgen, daß der Betroffene nicht mehr zu seinem Nachteil verfügen kann. Vom Standpunkt der Gegenmeinung aus müßte der Grundbuchrichter dann durch die Eintragung des beantragten Rechts dazu mitwirken, daß ein Gutgläubiger, dem der Betroffene das gegen ihn erlassene Verfügungsverbot verschweigt, das Recht erwirbt, daß das von einer Behörde erlassene Verfügungsverbot dadurch praktisch wirkungslos und der Geschützte geschädigt wird. Ein solches Verfahren läuft auf ein Gegeneinanderarbeiten zweier Behörden hinaus und entspricht nicht dem Grundsatz, daß jede Behörde die Anordnung einer anderen Behörde tunlichst zu beachten hat. Der Standpunkt des Senats führt dagegen dazu, daß durch die vorherige Eintragung des Verfügungsverbots die Rechtslage im Grundbuch richtig wiedergegeben wird. Es läßt sich dagegen auch nicht einwenden, daß bei diesem Verfahren möglicherweise der Erwerber geschädigt wird, wenn er das Verfügungsverbot nicht kennt, ihm aber wegen der vorherigen Eintragung des Verfügungsrechts sein guter Glaube nicht zustatten kommt (§ 892 BGB.). Denn der Erwerber hat keinen Anspruch darauf, daß sich sein Rechtserwerb entgegen dem Verfügungsverbot vollendet. Das GBA. hatte deshalb, wie dem LG. beizupflichten ist, den Eintragungsantrag mit Recht beanstandet, wenn seine Zwischenverfügung auch insofern nicht vollständig war, als es nicht alle Möglichkeiten zur Behebung des Hindernisses aufführte.

Inzwischen ist die Beschlagnahme aufgehoben worden. Diese Tatsache mußte das LG. bei seiner Entsch. berücksichtigen (§ 74 GBO.). Die Beschlagnahme ist nicht deshalb aufgehoben worden, weil sie von Anfang an unrichtig gewesen ist, also nicht mit rückwirkender Kraft, wie dies bei der Aufhebung eines durch EinstwVfg. angeordneten Verfügungsverbotes regelmäßig der Fall ist. Die Aufhebung beruht vielmehr auf § 28 Abs. 4 DurchfVO. v. 4. Febr. 1935. Danach ist die Beschlagnahme aufzuheben, sobald sie nicht mehr notwendig ist, insbes. sobald durch Maßnahmen nach § 27 DurchfVO. eine ausreichende Sicherung erreicht worden ist, spätestens aber nach sechs Wochen. Die Beschlagnahme ist also nur für die Zukunft fortgefallen. Die Wirkungen, die sie in der Vergangenheit geäußert hat, bleiben bestehen. Infolgedessen steht dem Eintragungsantrage der BeschwF. auch weiterhin ein Eintragungshindernis entgegen. Denn wenn ihrem Antrage entsprechend die Grundschuld mit dem Range vor der Hypothek eingetragen werden würde, käme im Grundbuch nicht zum Ausdruck, daß ihr Eintragungsantrag zu einer Zeit eingegangen ist, als der Grundstückseigentümer in der Verfügung über das Grundstück beschränkt war. Ein Dritter könnte die Grundschuld gutgläubig erwerben, und der durch die Beschlagnahme geschützt gewesene Fiskus könnte geschädigt werden. Deshalb hat auch jetzt noch das GBA. darauf hinzuwirken, daß die Verfügungsbeschränkung, soweit sie noch Wirkungen äußern kann, in Abt. II des Grundbuchs eingetragen wird. Nachdem das Verfügungsverbot für die Zukunft aufgehoben worden ist, muß, um das Grundbuch nicht unrichtig zu machen, gleichzeitig seine Aufhebung vermerkt werden, etwa in folgender Fassung:

„Das Vermögen des B. ist durch Beschl. des AG. in X. v. 23. April 1938 gemäß § 28 DurchfVO. z. DevG. v. 4. Febr. 1935 beschlagnahmt worden. Die Beschlagnahme ist durch Beschl. desselben AG. v. 4. Juni 1938 aufgehoben worden. Zugunsten des Deutschen Reiches, vertreten durch den Generalstaatsanwalt in Y., eingetragen am ..."

Durch eine solche Eintragung würde der bestehende Rechtszustand zutreffend zum Ausdruck gebracht werden. Sie wahrt die Rechte des Fiskus und verhindert einen gutgläubigen Erwerb der Grundschuld. Sie beeinträchtigt andererseits den Eigentümer nicht, weil die Eintragung zum Ausdruck bringt, daß er in Zukunft nicht mehr in der Verfügung beschränkt wird, und sie beeinträchtigt auch die BeschwF. nicht, weil ihre Grundschuld mit dem Vorrang vor der Hypothek eingetragen wird und die Eintragung des Verfügungsverbots nur die Folge der Tatsache ist, daß ihr Antrag erst nach der Beschlagnahme bei dem GBA. eingegangen ist.

Der Eintragungsantrag der BeschwF. muß hiernach dahin beanstandet werden, daß sie entweder den Antrag des Eigentümers oder des Generalstaatsanwalts auf Eintragung des Verfügungsverbots in der oben dargelegten Beschränkung oder daß sie die Genehmigung des Generalstaatsanwalts zur Eintragung ihrer Grundschuld beibringt; oder endlich, daß sie in grundbuchmäßiger Form nachweist, daß die Eintragung der Grundschuld dem Fiskus gegenüber wirksam ist. Da die Zwischenverfügung nicht alle Mittel zur Beseitigung des Eintragungshindernisses angibt, sind die Vorentscheidungen aufzuheben. Das GBA. wird eine neue Zwischenverfügung vorstehenden Inhalts zu erlassen haben.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 29. Sept. 1938, 1 Wx 416/38.) [H.]

Versicherungsvertragsgesetz

**** 29. RG. — § 149 VVG. Die Haftpflichtversicherung eines Hotelbesitzers umfaßt nach Maßgabe der AllgVersBed. vom heutigen Stande der Verkehrsüblichkeit nicht die Haftpflicht nach § 831 BGB. für den Hausdiener, der ein Gastauto, statt mit dem Arm, obwohl fahrensunkundig, mit der Motorkraft des Wagens in die Garage zu bringen versucht und dabei andere verletzt.**

Der Kl. ist seit 1932 als Unternehmer eines Hotel-, Bade- und Gastwirtschaftsbetriebes bei der Bekl. gegen die gesetzliche Haftpflicht versichert. Nach § 1 Nr. 2 a der dem Versicherungsvertrag zugrunde liegenden AllgVersBed. erstreckt sich der Versicherungsschutz auf die gesetzliche Haftpflicht aus den im Versicherungsschein und seinen Nachträgen angegebenen Eigenschaften, Rechtsverhältnissen oder Tätigkeiten des Versicherungsnehmers (versichertes „Risiko"), nach Nr. 2 b daselbst auf die aus Erhöhungen oder Erweiterungen des versicherten Risikos, soweit

sie nicht in dem Halten oder Führen von Luft-, Kraft- oder Wasserfahrzeugen bestehen. Für die Vorsorgeversicherung (§ 1 Nr. 2 c) daselbst gelten besondere Bestimmungen (§ 2 daselbst); der Versicherungsschutz erstreckt sich indessen insoweit nicht auf die Gefahren, die mit dem Besitz oder Betrieb von Kraftfahrzeugen aller Art und deren Lenken verbunden sind (§ 2 Nr. 3 a daselbst). Am 26. Febr. 1936 hat einer seiner Hotelgäste den Stiefsohn des Kl., L., der an diesem Tage den Hausdiener des Hotels vertrat, gebeten, seinen Kraftwagen in den in unmittelbarer Nähe des Hotels befindlichen Kraftwagenschuppen zu stellen. L. suchte sich des Auftrags in der Weise zu entledigen, daß er den Wagen mittels Motorkraft bewegte, obwohl er weder einen Führerschein besaß noch überhaupt fahren konnte. Dabei fuhr er auf der Straße vor dem Hotel den gerade auf einem Motorrad vorbeifahrenden Schreiner Jakob M. an. M. erlitt Personen- und Sachschaden. Er hat den Kl. aus § 831 BGB. auf Ersatz in Anspruch genommen. Mit der Klage fordert der Kl. von der Bekl. die Befreiung von den seitens des Verletzten und der öffentlichen Versicherungsträger auf Grund des Unfalls gegen ihn geltend gemachten Ansprüchen.

Während das LG. dem Antrage der Bekl. gemäß die Klage abgewiesen hat, hat das BG. der Klage stattgegeben. Die Rev. war erfolgreich.

Zutreffend geht das BG. bei der Beurteilung des Klageanspruchs, der sich als ein solcher auf Gewährung von Versicherungsschutz darstellt, von der Prüfung der Frage aus, ob der von dem Verletzten M. gegen den Kl. erhobene Schadensersatzanspruch mit einem unter den Schutzbereich des Versicherungsvertrages fallenden Rechtsverhältnis begründet wird (vgl. RGZ. 148, 285). Die Begründung stützt sich auf § 831 BGB., insofern der Kl. für das Verhalten seines stellvertretenden Hausdieners, das den Unfall herbeigeführt hat, verantwortlich sein soll, und der Kl. sieht dieses Verhalten als in den Rahmen seines Wirtschaftsbetriebes fallend, mithin als vom Versicherungsvertrage erfaßt, an. Dem tritt auch der Vorderrichter bei, indem er den Auftrag eines Gastes an den Hausdiener, seinen Wagen in die Garage zu stellen, als verkehrsübliche Inanspruchnahme des Hotelpersonals betrachtet. Dieser im wesentlichen tatsächlichen Feststellung kann aus Rechtsgründen nicht entgegengetreten werden. Wenn die Rev. sie für den Fall als bedenklich ansieht, daß ein Kraftwagen von der gegenüberliegenden Straßenseite vor das Hotel gefahren werden müsse, so geht sie von einem Sachverhalt aus, den das angefochtene Urteil seiner Entscheidung nicht zugrunde legt, da es tatbeständlich feststellt, daß der auf dem Hofe neben dem Hotel stehende Wagen in die unmittelbar beim Hotel befindliche Garage habe gebracht werden sollen. Im übrigen stellt sich die Rev. selbst mit Recht auf den Standpunkt, daß der von den Beteiligten verschieden dargestellte Hergang in seinen Einzelheiten für den vorl. Rechtsstreit auf sich beruhen kann, weil die Frage des tatsächlichen Bestehens einer Haftung des Versicherten gegenüber dem Verletzten allein in dem zwischen ihnen noch schwebenden besonderen Rechtsstreit zu klären ist.

Seine Eigenart empfängt der vorl. Fall dadurch, daß der von dem Hotelgast mit der Einstellung des Wagens beauftragte Hausdiener zu dieser Verrichtung sich des Kraftwagenmotors bedient hat, obwohl er selbst des Fahrens unkundig war, und es fragt sich, ob der Versicherungsschutz des Kl. auch in diesem Falle Platz greift. Es ist rechtsirrtümlich, wenn das angefochtene Urteil, von der Verkehrsüblichkeit der Einstellung von Kraftwagen der Hotelgäste in die Garage durch Hotelangestellte ausgehend, dem Umstand, daß dies auftragswidrig mit Motorkraft geschehen ist, für den Versicherungsschutz des gegen Haftpflicht versicherten Hotelbesitzers keine Bedeutung beilegt. Gewiß trifft es zu, daß, wenn das die Haftpflicht begründende Ereignis an und für sich in den versicherten Geschäftsbereich fällt, es für den Versicherungsschutz im allgemeinen ohne Belang ist, ob der Schaden durch eine willkürliche Überschreitung der Auftragsgrenzen und Befugnisse des Handelnden herbeigeführt wird. Immer setzt aber die Beurteilung des Sachverhalts eine klare Abgrenzung des Schutzbereiches der Versicherung voraus. Diese kann nur aus dem Inhalt des Versicherungsvertrages entnommen werden, der mangels besonderer Bestimmungen aus der Verkehrsüblichkeit und den Grundsätzen von Treu und Glauben zu ermitteln ist. Der Vorderrichter geht nun selbst nur davon aus, daß eine Verkehrsüblichkeit der Einstellung von Gastwagen in die Hotelgarage seitens des Hotelpersonals ohne Motorkraft bestehe. In solchem Falle ist aber die Gefahrenlage für Haftpflichtansprüche eine ganz andere als bei Anwendung von Motorkraft. Die Verwendung von Hotelangestellten zum Hineinsteuern von Kraftwagen der Gäste in die Hotelgaragen mittels des Motors erfordert das Vorhandensein fahrkundigen Personals, stellt also den Hotelbesitzer vor die Notwendigkeit, entweder mit der Führung eines Kraftfahrzeugs bereits vertraute Hausdiener einzustellen oder diese fahrtechnisch ausbilden zu lassen. Es kann nicht zweifelhaft sein, daß vom heutigen Standpunkt der Hotelgepflogenheiten aus, um so mehr von dem zur Zeit des Unfalls und des 1932 erfolgten Abschlusses des Versicherungsvertrags, eine derartige Anforderung über das Maß des Geschäftsüblichen hinausgeht. Ist aber regelmäßig nur mit des Fahrens unkundigem Hotelpersonal zu rechnen, so kann es vernünftigerweise weder dem Wagenbesitzer gegenüber als Leistung des Hotels in Frage kommen, daß sich ein Hoteldiener am Getriebe des ihm fremden Wagens zu schaffen macht, noch ist daran zu denken, daß, wenn eine solche Persönlichkeit sich fahrend zu dem erwähnten Zweck inmitten des öffentlichen Verkehrs betätigt, das eine ohne weiteres dem Hotelbetriebe zugehörige Handlung sei. Rechnet somit niemand der an der Ausübung des Hotelgewerbes Beteiligten oder der damit in Beziehung Kommenden mit einer durch mechanische Führung des Kraftwagens seitens eines Hotelangestellten begründeten Gefahr, so kann sich auch der Haftpflichtversicherungsschutz des Hotelbesitzers nur auf solche mit der Einbringung des Wagens in die Hotelgarage in Zusammenhang stehende Gefahren beziehen, die durch bloßes Hineinschieben oder ähnliche, die Anstellung des Getriebes nicht erfordernde Verrichtungen herbeigeführt werden. Eine Ausdehnung des Schutzes auf motorische Bewegung des Kraftfahrzeugs würde sich als „Erhöhung oder Erweiterung des versicherten Risikos" darstellen, die, weil in der Führung eines Kraftfahrzeugs bestehend, nach § 1 Nr. 2 b AllgVersBed. vereinbarungsgemäß als von der Versicherung ausgenommen zu gelten hat. Der Kl. setzt sich in Widerspruch zu seinem eigenen, auf Abwehr der Haftpflichtansprüche des Verletzten gerichteten Standpunkt, wenn er das Verhalten seines Hausdieners als in dessen gewöhnlichen Verrichtungsbereich fallend betrachtet.

Ist aber nach alledem davon auszugehen, daß das versicherte Haftpflichtrisiko des Kl. als Hotelbesitzers die Betätigung des L. an dem Wagen des Gastes nicht umfaßte, so ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das klageabweisende Urteil des LG. wiederherzustellen.

(RG., VII. ZivSen., U. v. 7. Okt. 1938, VII 71/38.) ⟨= RGZ. 158, 189.⟩

Patentgesetz

30. RG. — § 1 PatG. Fortschritt und Erfindungshöhe eines Verfahrens können auch darauf beruhen, daß das nach dem Verfahren hergestellte Erzeugnis eine besondere ästhetische Wirkung hervorruft. Patentschutz verdient das Verfahren jedoch nur dann, wenn dabei von einer neuen technischen Maßregel Gebrauch gemacht wird.

Der Erfinder des Streitpatents hat sich die Aufgabe gestellt, durch eine besondere Art der Herstellung von Flechtspitzen unter Verwendung verschiedenartiger Fadengruppen eine maschinenmäßig hergestellte Klöppelspitze zu erzeugen, bei der zweierlei Flächen entstehen. Nach Patentanspruch, -beschreibung und -zeichnung besteht das unter Schutz gestellte Verfahren darin, daß in den Kreuzungsreihen der einen Flächen nur Fäden der einen Art flechten, in den Kreuzungsreihen der anderen Flächen nur Fäden der anderen Art, dagegen in den Drehungsreihen der beiden Flächen beide Arten gemischt flechten.

Diese Flechtweise ist nach der vom RPatA. gebilligten Ansicht der Kl. bereits durch eine von der Kl. offenkundig vorbenutzte Spitze bekannt geworden, war daher nicht mehr neu, als das Streitpatent angemeldet wurde. Daß diese Flechtweise

an sich vorbekannt war, und zwar genau so, wie sie in der Patentschrift beschrieben ist, hat die Inhaberin des Streitpatents ausdrücklich zugegeben. Sie beruft sich aber darauf, daß die von der Kl. als vorbenutzt nachgewiesene Spitze nicht zweierlei gleichwertige Flächen besitze, sondern außer einer geschlossenen farbigen Figurenfläche eine gemischtfarbige gitterartige Stelle innerhalb der farbigen Fläche zeige, also nicht die Bildung von entsprechend zweierlei Flächen. Die Kl. hat dem entgegengehalten, daß zunächst einmal auch die gitterförmigen Flächen nichts anderes als Flächen i. S. des Patents seien, wie sich aus der Beschreibung ergebe. Diese Auffassung hat das RPatA. in seiner Entscheidung gebilligt; doch ist ihm der gerichtliche Sachverständige mit guten Gründen entgegengetreten, denen zugestimmt werden muß. In Übereinstimmung mit der Ansicht der Bekl. nimmt der Sachverständige an, daß das Streitpatent in jedem Falle nur die Herstellung gleichwertiger, jedoch in der Farbe oder sonstigen erkennbaren Merkmalen irgendwie voneinander abweichender Flächen bezwecke. Wenn es nun richtig ist, daß der Unterschied bei der Herstellung der vorbenutzten Spitze und einer Spitze nach dem Patent nur darin besteht, daß bei der vorbenutzten Spitze die verschiedenen Fadengruppen verschieden belastet waren, während das Patent es als eine Selbstverständlichkeit betrachtet, daß die Fadengruppen gleichmäßig belastet und gleichmäßig abgezogen werden, wenn man gleichmäßige Flächen erhalten will, was der Sachverständige auf Befragen unbeschränkt bestätigt hat, so bleibt ein den Patentschutz rechtfertigendes neues Verfahren nicht übrig.

Das Streitpatent schützt eindeutig nur ein Verfahren. Die neue und fortschrittliche Leistung des Patents von erfinderischer Bedeutung muß also im technischen Verfahren zu finden sein. Es war deshalb in erster Linie klarzustellen, ob das Verfahren des Patents neu ist. Das ist ganz unzweifelhaft nicht der Fall, obwohl das von der Kl. als vorbekannt nachgewiesene Produkt in etwas, wenn auch in einem nach Ansicht des Sachverständigen sehr wesentlichen, die Bereicherung der Technik ergebenden Punkte, von der dem Streitpatent entsprechenden Spitze abweicht. Darauf aber könnte es nur ankommen, wenn das im Streitpatent angewendete Verfahren nicht vorbenutzt, ja sogar darüber hinaus nach den Ausführungen des Sachverständigen in vollem Umfang allgemein jedem Spitzenfabrikanten bekannt gewesen wäre. Danach war auch bekannt, daß man die in der vorbenutzten Spitze vorhandene gitterartige Fläche vermeiden und eine geschlossene Fläche erzielen konnte, wenn man die mehreren Fadengruppen gleichmäßig belastete und gleichmäßig abzog. Dann kann das Verfahren des Patents, das von diesen bekannten technischen Maßregeln Gebrauch macht und darüber hinaus keinerlei technische Maßregel offenbart, weder als neu noch auch als eine Bereicherung der Technik anerkannt werden; denn es ist Voraussetzung für die Annahme eines patentrechtlich beachtlichen Fortschritts, daß überhaupt ein technisch neues Verfahren vorliegt. Da irgendwelche bisher unbekannte Besonderheiten des technischen Verfahrens im Patent in keiner Weise offenbart sind, kann auch aus einer etwaigen Verschiedenheit und Besonderheit des hergestellten Erzeugnisses nichts zugunsten des Patents gefolgert werden. Zwar können Fortschritt und Erfindungshöhe darauf beruhen, daß die ästhetische Wirkung des nach dem Verfahren hergestellten Erzeugnisses den Patentschutz rechtfertigt (vgl. Pietzcker, Anm. 38 zu § 1 PatG.); diese Voraussetzungen des Patentschutzes müssen aber auf einer im Patent offenbarten technischen Neuerung beruhen (Pietzcker, Anm. 35 das.) und daran fehlt es hier. Deshalb kann das Patent nicht aufrechterhalten werden.

(RG., I. ZivSen., Beschl. v. 2. Sept. 1938, I 212/38.) [N.]

*

31. RG. — § 47 PatG. Die Unterlassungsklage des Patentinhabers setzt nicht voraus, daß die geschützte Erfindung rechtswidrig benutzt ist; vielmehr genügt die aus den Umständen zu entnehmende begründete Besorgnis künftiger Eingriffe. Hieran ist durch § 47 PatG. n. F. nichts geändert worden.

Durch das angefochtene Urteil ist der Bekl. u. a. untersagt worden, näher beschriebene Abhitzkessel herzustellen und in den Verkehr zu bringen, da dadurch das Patent der Kl. verletzt werde. Die hiergegen gerichtete Rev. der Bekl. war unbegründet.

Allerdings hat die Bekl. bisher die im Urteilsausspruch beschriebenen patentverletzenden Kessel noch nicht hergestellt oder in den Verkehr gebracht. Sie hat nur dem Ammoniakwerk M. ein Lieferungsangebot über einen derartigen Kessel gemacht. Hierin könnte ein Feilhalten i. S. des § 4 PatG. a. F. (§ 6 PatG. n. F.) gesehen werden. Jedoch bedarf es für die Entscheidung über den geltend gemachten Unterlassungsanspruch einer Feststellung des Feilhaltens nicht. Die vorbeugende Unterlassungsklage setzt nicht voraus, daß eine Patentverletzung bereits erfolgt ist. Wenn auch § 47 Abs. 1 PatG. n. F. die Unterlassungsklage ausdrücklich nur für den Fall zugelassen hat, daß die geschützte Erfindung rechtswidrig benutzt ist, so wird doch dadurch die schon nach bisherigem Recht bestehende Möglichkeit nicht ausgeschlossen, drohenden Rechtsverletzungen mit der Unterlassungsklage zu begegnen (Krauße, Anm. 12 A zu § 6 PatG.). Es muß als genügend angesehen werden die aus den Umständen zu entnehmende begründete Besorgnis künftiger Eingriffe. Diese Voraussetzung ist hier gegeben, da die Bekl. sich zur Herstellung und Lieferung des patentverletzenden Abhitzekessels in einem Falle erboten und im Prozeß in der unzweifelhaften Absicht künftiger gewerblicher Benutzung dessen Patentfreiheit geltend gemacht hat.

(RG., I. ZivSen., U. v. 16. Aug. 1938; I 44/38.) [N.]

*

32. KG. — § 51 Abs. 5 PatG.; §§ 91, 104 Abs. 2 ZPO.

1. Reisekosten auswärtiger Patentanwälte sind nicht schlechthin, sondern nur dann und soweit erstattungsfähig, als besondere Gründe gerade die Inanspruchnahme dieses Patentanwalts rechtfertigen und im Einzelfalle die Reisen notwendig waren.

2. Zur Frage der Erstattungsfähigkeit der Kosten für Herstellung und Vorführung von Modellen. Bloße Sachdienlichkeit genügt nicht, sie muß vielmehr notwendig gewesen sein. Erstattung grundsätzlich nicht davon abhängig, daß die Modelle nicht anderweit verwertet werden.

3. Pflicht der die Kostenfestsetzung betreibenden Partei, von Anfang an die angesetzten Positionen ausreichend glaubhaft zu machen.

1. Die Vorinstanzen haben die Reisekosten des Patentanwalts X. von Bochum nach Berlin, und zwar einmal zwecks Vorbesprechung mit den Prozeßbevollmächtigten der Bekl., sodann zwecks Wahrnehmung des Verhandlungstermins festgesetzt.

Hiergegen wendet sich zu Unrecht die Beschw. des Kl.

Die Bekl. sind, gestützt auf die Ausführungen im Komm. von Klauer-Möhring, 5c zu § 51 PatG., der anscheinend auch vom OLG. Frankfurt (Entsch. v. 24. Aug. 1937: HöchstRRspr. 1938 Nr. 117) geteilten Auffassung, daß mit Rücksicht darauf, daß eine örtliche Beschränkung für die Zulassung der Patentanwälte, anders als bei den Rechtsanwälten, nicht gegeben ist, die Reisekosten auswärtiger Patentanwälte ohne weiteres erstattungspflichtig sind und daß insbes., soweit es sich um Reisen zu Terminen handelt, sie stets als notwendige Auslagen i. S. des § 51 Abs. 5 PatG. anzusprechen sind. Dieser Auffassung vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen. Wenn in § 51 Abs. 5 PatG. neben den Gebühren des im Rechtsstreit mitwirkenden Patentanwalts „außerdem die notwendigen Auslagen des Patentanwalts" als erstattungsfähig bezeichnet werden, so ist damit ein anderer Maßstab für die Erstattungsfähigkeit, als auch schon in § 91 ZPO. enthalten, für die Auslagen des Patentanwalts nicht aufgestellt worden. Insbes. fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, daß Auslagen, die durch Reisen des Patentanwalts, sei es zum Zwecke der Informationserteilung, sei es zur Terminswahrnehmung, erwachsen, eine Sonderbehandlung in der Richtung zu erfahren haben, daß sie als notwendige Auslagen schlechthin gelten. Mit Recht hat deshalb bereits OLG. Düsseldorf in seiner Entsch. vom 14. Juli 1937 (JW. 1938, 118) dargelegt, daß kein Grund bestehe, in dieser Beziehung den auswärtigen Patentanwalt günstiger zu stellen als den auswärtigen Rechtsanwalt, und daß in jedem Einzelfalle zu prüfen sei, ob die durch Zuziehung eines auswärtigen Patentanwalts entstandenen Reisekosten zur zweckentsprechenden Rechtswahrung notwendig gewesen sind. Der Umstand allein, daß eine Partei sich der Hilfe eines beliebigen, also auch eines nicht am Sitze des Prozeßgerichts wohnhaften Patentanwalts bedienen darf und daß dessen Gebühren ohne weiteres erstattungsfähig sind, rechtfertigt für sich allein noch nicht, auch die etwa erwachsenden Reisekosten des Patentanwalts zum Sitze des Prozeßgerichts als notwendigen Kostenaufwand anzuerkennen.

Vielmehr wird eine solche Notwendigkeit nach Lage des Falles im allgemeinen nur dann anzunehmen sein, wenn besondere Gründe die Partei veranlassen durften, auch einen auswärtigen Patentanwalt hinzuzuziehen. Denn andernfalls würde gegen den allgemeinen Grundsatz der Kostenerstattung verstoßen werden, daß jede Partei verpflichtet ist, die Kosten eines Rechtsstreits so niedrig zu halten, wie dies ohne Beeinträchtigung ihrer Rechtswahrung im Prozeß irgend möglich ist (vgl. grunds. Entsch. des Sen. vom 22. Jan. 1938: JW. 1938, 465 [26] bei Gaedeke, „Kostenrechtsprechung" 1938 Nr. 446).

Solche besonderen Umstände werden im allgemeinen dann vorliegen, wenn eine Partei ständig von einem bestimmten Patentanwalt beraten wird, sie sich seiner also als Fachanwalt ihres besonderen Vertrauens bedient, der vor allem die besondere Erfahrung und Kenntnis der im Einzelfall zu beurteilenden Fragen und die etwa wesentliche besondere Vertrautheit mit dem gewerblichen Betrieb der Partei besitzt (so auch OLG. Düsseldorf a. a. O.). Nach den nicht bestrittenen Ausführungen der Bekl. treffen diese Voraussetzungen auf RA. X., der die Bekl. seit zehn Jahren als Patentanwalt ständig vertritt, zu. Dann bestehen aber hier keine Bedenken, daß die Bekl. ihn auch für die Durchführung des Rechtsstreits in Berlin hinzuzogen, ferner dagegen, daß die beim notwendigen Reisen nach Berlin erwachsenen Kosten der Kl. in Rechnung gestellt werden.

Diese Notwendigkeit ist hier unbedenklich sowohl für die Reise zwecks einer Vorbesprechung mit dem Prozeßbevollmächtigten der Bekl. als auch für die Reise zum Zwecke der Wahrnehmung des — einzigen und abschließenden — Verhandlungstermins vor dem LG. zu bejahen.

2. Reisekosten der Geschäftsführer der beiden Bekl. zu dem Termin. Da die Bekl. in diesem Termin noch besonders durch ihren Patentanwalt vertreten waren, wichtige Gründe, weshalb daneben noch ihre Geschäftsführer im Termin zugegen sein mußten, von den Bekl. nicht dargetan worden sind, insbes. der Hinweis der Bekl., daß es durchaus üblich sei, auch die Vertreter der Parteien an dem Verhandlungstermin teilnehmen zu lassen, um etwaige auftauchende Fragen, über welche der Patentanwalt nicht informiert sei, erläutern zu können, die Anwesenheit der Geschäftsführer in dem Termin nicht hinreichend begründet, ist die Notwendigkeit für diesen Reisekostenaufwand der Partei selbst nicht ersichtlich.

3. Kosten für Anfertigung von Modellen.

Sicherlich wird es in Patentstreitigkeiten vielfach zweckmäßig sein, zur Erläuterung der zur Entscheidung stehenden technischen Fragen die in Betracht kommenden Konstruktionen an Modellen vorzuführen, notfalls also, wo Modelle nicht ohnehin vorhanden sind, solche eigens für die Zwecke des Prozesses herstellen zu lassen. Die Sachdienlichkeit der Herstellung und Vorführung von Modellen wird also im allgemeinen ohne weiteres bejaht werden dürfen. Die Notwendigkeit dieses Verfahrens zur zweckentsprechenden Rechtswahrung ist damit indes noch nicht unbedingt dargetan, wird vielmehr im einzelnen Falle besonders zu prüfen sein, wobei aus der Verwertung und Vorführung der Modelle im Urteil entsprechende Schlüsse gezogen werden können.

Eines Eingehens auf diese Frage bedurfte es jedoch im vorl. Falle deshalb nicht, weil die Kl. die Notwendigkeit der Modellbeschaffung an sich nicht in Zweifel gezogen hat. Sie hat vielmehr nur eine Erklärung der Gegenpartei verlangt, daß diese die Modelle nicht zu anderen Zwecken verwerten werde, im übrigen eine ausreichende Glaubhaftmachung der Höhe der in Ansatz gebrachten Kosten begehrt.

Für die Kostenerstattung ist es indes völlig bedeutungslos, was mit Modellen, die nachweislich eigens für die Zwecke der Vorführung im Prozeß hergestellt worden sind, nachher, nachdem sie diesem Zweck gedient haben, geschieht, es sei denn, daß die Herstellungskosten durch eine anderweite Verwertung, z. B. durch einen Verkauf der Modelle, ausgeglichen werden, so daß per Saldo ein besonderer Kostenaufwand der vorführenden Partei insofern nicht (mehr) vorhanden ist. Doch wird es im allgemeinen Sache des erstattungspflichtigen Gegners sein, Umstände darzulegen, die für einen solchen Sachverhalt sprechen, während er eine Erklärung des Erstattungsgläubigers, daß die Modelle auch in Zukunft nicht zu anderen Zwecken verwendet werden, nicht verlangen kann. Vorliegend ist nichts dafür ersichtlich, daß eine gewinnbringende Weiterverwertung der Modelle stattgefunden hat oder zu erwarten steht. Insofern gehen also die Bemängelungen der Kl. gegenüber dieser Kostenposition fehl.

Gleichwohl scheitert sie daran, daß für die Höhe der tatsächlich aufgewandten Kosten und für die Notwendigkeit des Kostenaufwandes gerade in dieser Höhe eine entsprechende Glaubhaftmachung fehlt. Obwohl bereits die Erinnerung des Kl. diese Glaubhaftmachung gefordert hat, auch die sofortige Beschw. nochmals die fehlende Glaubhaftmachung bemängelt hat, den Bekl. auch ausdrücklich anheimgegeben worden ist, sich zu den Ausführungen der Beschw., insbes. gerade auch betreffend die Modelle, zu äußern, haben die Bekl. in dieser Hinsicht nichts vorgebracht. Die Position für Herstellung von Modellen mit 222,64 *RM* mußte daher mangels Glaubhaftmachung als nicht erstattungsfähig abgesetzt werden.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 22. Okt. 1938, 20 W 4251/38.)

Gebrauchsmustergesetz

**** 33. RG. — GebrMustG. v. 5. Mai 1936.**

1. Die Frage nach der Schutzfähigkeit eines erweiterten Erfindungsgedankens ist gegenstandslos, wenn der Rechtsbestand des Gebrauchsmusters verneint werden muß.

2. Im Zweifel gilt auch bei Gebrauchsmustern der Grundsatz, daß der Anmelder alles als geschützt beanspruchen wollte, was nach dem Stande der Technik neu und schutzfähig ist.

3. Gegenstand des Musterschutzes ist nicht die Raumform als solche, sondern der ihr zugrunde liegende Erfindungsgedanke; er ist aber nicht losgelöst von der Raumform, sondern nur in der Eigenart geschützt, in der er sich in ihr verkörpert.

4. Die einmalige Anfertigung eines nicht zum Verkauf bestimmten Musters ist nicht als Benutzungshandlung, sondern nur als Treffen einer Veranstaltung zur Benutzung der Erfindung anzusehen, sofern aus der Art der Veranstaltung der ernstliche Wille hervorgeht, die Erfindung alsbald zu benutzen. †)

Beide Parteien sind Hersteller von Matratzen. Die Kl. ist Inhaberin des am 1. Juni 1934 angemeldeten Gebrauchsmusters 1 304 829 und des am 2. Mai 1935 angemeldeten Gebrauchsmusters 1 376 392.

In einem früheren Rechtsstreit der Parteien wurde durch Urteil des LG. v. 26. Nov. 1935 rechtskräftig festgestellt, daß die Bekl. mit Rücksicht auf das Gebrauchsmuster 1 304 829 der Kl. nicht berechtigt sei, Matratzeneinlagen mit ineinandergreifenden Federwindungen herzustellen und zu vertreiben, bei denen die Halterahmen an zwei einander gegenüberliegenden Seiten der Einlage in Höhe der Federwindungen angeordnet seien, während sie an den beiden anderen Seiten auf ihrem mittleren Teil nach der Mitte der Federeinlage hin verkröpft seien.

Nach Beendigung dieses Prozesses hat die Bekl. Matratzeneinlagen mit wabenartigem Federgeflecht und zwei Halterahmen hergestellt und vertrieben, die auf allen vier Seiten durch Verkröpfen versenkt sind und nur an den Ecken in Höhe der Federenden liegen. Die Randfedern sind abwechselnd auf einem Teil ihrer Länge verdoppelt.

Die Kl. hat darin eine Verletzung beider Gebrauchsmuster gesehen.

Nach den Klageanträgen hat das LG. der Bekl. untersagt, bis zum Ablauf des Gebrauchsmusters 1 304 829 Federeinlagen für Polstermatratzen od. dgl. herzustellen, feilzuhalten, in Verkehr zu bringen oder zu gebrauchen, die aus einem aus aufrechten und mit ihren Windungen ineinandergreifenden Federn gebildeten wabenartigen Netz bestehen, das zwischen zwei formgebenden Rahmen gehalten ist, die aus federnd biegsamen Stahlbändern gebildet sind, an den Ecken in Höhe der Federenden liegen, im übrigen aber durch Einwärtskröpfen gegenüber den Auflageflächen versenkt angeordnet sind.

Ferner hat es die Bekl. zur Rechnungslegung verurteilt und ihre Schadensersatzpflicht festgestellt.

Es hat die Klage nur aus dem ersten Gebrauchsmuster für begründet erachtet, aus dem zweiten dagegen nicht, weil der Bekl. an seinem Gegenstande ein Vorbenutzungsrecht zustehe.

Gegen dieses Urteil hat die Bekl. Berufung eingelegt.

Die Kl. hat sich der Berufung angeschlossen mit dem Ziele, daß der Bekl. die Herstellung der Matratzen bis nach Ablauf des jüngeren Gebrauchsmusters verboten werde.

Die Kl. hat geltend gemacht, ihr Gebrauchsmuster 1 304 829 offenbare erstmalig eine Federeinlage, bei der das wabenartige Federgeflecht nur zwischen zwei Rahmen gehalten werde, die teilweise versenkt angeordnet seien, teilweise dagegen in Höhe der Oberfläche des Federgeflechts lägen. Das

Verbot des LG. müsse bis zum Ablauf des jüngeren Gebrauchsmusters 1376392 erstreckt werden, weil die Bekl. ihm gegenüber kein Vorbenutzungsrecht habe und die Verletzungsform ihm wörtlich entspreche.

Die Bekl. hat geltend gemacht, daß der Gegenstand beider Gebrauchsmuster nach dem Stande der Technik nicht musterschutzfähig sei. Gegenüber dem jüngeren Gebrauchsmuster hat sie sich ferner auf ihr Vorbenutzungsrecht berufen.

Das OLG. hat die Klage abgewiesen.

Die Rev. war erfolglos.

1. Das Gebrauchsmuster 1304829 der Kl. bezieht sich auf Matratzen für Liegesofas oder Ruhebetten, deren Federeinlagen aus aufrechtstehenden, mit den Windungen ineinandergreifenden Federn bestehen und von Rahmen gehalten werden. Es geht davon aus, daß das Sitzen auf solchen Matratzen die Randteile besonders stark belastet, das Liegen dagegen nur den mittleren Teil beansprucht. Um die Matratzen für diese verschiedene Belastung geeigneter zu machen, schlägt es vor, die Stege der beiden Halterahmen an den Randteilen des Ruhebettes in Höhe der Endwindungsteile der Randfedern, innerhalb der Liegefläche dagegen mehr nach der Mitte der Federn anzuordnen. Werden, wie dies regelmäßig der Fall ist, mehrere auswechselbare Teilmatratzen für ein Ruhebett gebraucht, so werden die Stege der Halterahmen auf den in die Liegefläche fallenden Längsseiten der Matratzen versenkt, während sie an den als Sitzkanten dienenden Schmalseiten in Höhe der Federenden liegen. Erreicht wird dadurch, wie der BerR. als richtig annimmt, bei guter Formbeständigkeit der Federeinlage eine vom Rahmendruck entlastete weiche Liegefläche und eine Versteifung der Sitzkanten durch die Halterahmen. Der Übergang der Rahmenstege von der Hoch- in die Tieflage kann entweder durch Verkröpfen oder durch bogenförmige Gestaltung der Stege stetig erfolgen. Beide Raumformen gibt die Anmeldung in den Ansprüchen 3 und 4 als Mittel zur Ausführung des im Anspruch 1 in allgemeiner Fassung gekennzeichneten Erfindungsgedankens an. In diesem Inhalte der Anmeldung sieht der BerR. nach dem Zusammenhange seiner Ausführungen den als neu beanspruchten Gegenstand des Musterschutzes. Dazu sagt er, das in der Anmeldung beschriebene Modell sei am Anmeldetage nicht mehr neu gewesen; das britische Patent 279704 habe den Schutzinhalt des Gebrauchsmusters vorweggenommen. Sodann führt der BerR. aus, die Beschreibung der britischen Patentschrift stimme mit dem festgestellten Inhalte der Abbildung überein. Aus ihm entnimmt er die charakteristischen Merkmale des in der Anmeldung des Gebrauchsmusters beschriebenen Modells. Gemeint ist, die Raumformen der Abb. 1 der Gebrauchsmusteranmeldung und Abb. 1 der britischen Patentschrift stimmten im Erfindungsgedanken völlig überein. Den danach gebotenen Schluß, daß das Gebrauchsmuster, soweit es hier in Betracht kommt, rechtsunwirksam sei, hat aber der BerR. nicht gezogen. Er gelangt vielmehr im Widerspruch zu den wiedergegebenen Feststellungen nur zu dem Schluß, das Gebrauchsmuster schütze höchstens den Gedanken, die Halterahmen der Federeinlagen auf der Längsseite (Liegekante) zu verkröpfen, die Rahmen dagegen auf der Schmalseite (Sitzkante) unverkröpft zu lassen. Wie die einschränkende Wendung „höchstens" andeutet, läßt er danach die Möglichkeit offen, daß das Gebrauchsmuster in dem angegebenen Umfang Schutz genießt, obgleich er in Übereinstimmung mit der Bekl. denselben Gedanken in der Raumform nach Abb. 1 der britischen Patentschrift verwirklicht findet. Im Anschluß an die Feststellungen über die neuheitsschädliche Bedeutung von Abb. 1 der britischen Patentschrift sagt er sodann, und zwar ohne Erklärung dafür, warum nunmehr statt des vorhin erörterten Gegenstandes des Musterschutzes ein erweiterter Erfindungsgedanke mit dem Stande der Technik verglichen wird, die britische Patentschrift habe den Gedanken offenbart, bei Weichfedermatratzen durch teilweise Verkröpfung der Halterahmen größere Elastizität und Weichheit zu erzielen. Die in der Anmeldung des Gebrauchsmusters beschriebene Verkröpfung der Halterahmen an sich entbehre bei diesem Stande der Technik der Neuheit. Es schließt sich an eine Betrachtung über die deutschen Patentschriften 210834 und 211852, denen der BerR. entnimmt, daß bei Hartfedermatratzen das Verkröpfen der Halterahmen auf allen vier Seiten zur Zeit der Anmeldung des Gebrauchsmusters bekannt gewesen sei. Daraus folgert er, es habe keiner erfinderischen Tätigkeit bedurft, die gleiche Rahmenanordnung auf Weichfedermatratzen zu übertragen. Mit dieser Begründung gelangt er dann zu dem Schluß über den höchstens anzuerkennenden Schutzumfang des Gebrauchsmusters. Nicht genügend beachtet hat dabei der BerR., daß die Frage nach der Schutzfähigkeit eines erweiterten Erfindungsgedankens gegenstandslos ist, wenn der Rechtsbestand des Gebrauchsmusters entsprechend den im Anfang der Entscheidungsgründe gemachten Ausführungen über die Vorwegnahme seines Schutzinhaltes verneint werden müßte. Der BerR. macht sich auch die von der Kl. im Vorprozeß der Parteien vertretene Ansicht zu eigen, nach dem klaren und eindeutigen Inhalt der Gebrauchsmusteranmeldung sei der grundsätzliche Erfindungsgedanke darin zu sehen, daß die Sitzkanten der Polstermatratzen mit Federeinlagen durch die Halterahmen versteift seien, die Liegeflächen dagegen vom Rahmendruck entlastet seien. Der BerR. spricht sich aber nicht darüber aus, ob danach noch angenommen werden kann, daß ein weitergehender Erfindungsgedanke in der Anmeldung als geschützt beansprucht wird und ausreichend offenbart ist, sondern begnügt sich mit der abschließenden Feststellung, daß die Bekl. von dem Erfindungsgedanken des Gebrauchsmusters keinen Gebrauch mache, weil die von ihr verwendeten Halterahmen auf allen vier Seiten verkröpft seien.

2. Obwohl hiernach die Ausführungen des BerR. nicht von Unklarheiten und Widersprüchen frei sind, ist gleichwohl seinem Ergebnisse beizutreten, daß der Bekl. keine Verletzung des in Rede stehenden Gebrauchsmusters zur Last falle. Nach § 2 Abs. 2 GebrMustG. muß aus dem Gesamtinhalte der Anmeldeunterlagen, also Zeichnungen und Beschreibung nebst etwaigen Ansprüchen und Modellen hervorgehen, für welche neue Gestaltung Schutz beansprucht wird. Die Unterschiede gegenüber dem Stande der Technik brauchen dabei im einzelnen nicht dargelegt zu werden; auch die Angaben der erstrebten Vorteile ist nicht erforderlich. In Zweifelsfällen ist der Stand der Technik zur Auslegung heranzuziehen. Aus der Anmeldung nicht ersichtliche Merkmale können in den Schutzbereich nicht einbezogen werden. Ergeben sich die Grenzen des Schutzbegehrens aus seinem klaren und eindeutigen Inhalt, so ist kein Raum für eine ausdehnende Auslegung. Diese Grundsätze entsprechen ständiger Rspr. des RG. (RGZ. 120, 224 = JW. 1928, 1294; RGZ. 133, 260 = JW. 1932, 1838[14] m. Anm.; RGUrt. v. 18. Okt. 1937, I 142/37: GRUR. 1938, 112). Das Gebrauchsmuster der Kl. 1304829 ergibt zweifelsfrei als Gegenstand des beanspruchten Schutzes den Vorschlag, die Stege der Halterahmen an den Sitzrändern der Matratzen in Höhe der Endwindungen der Federn, innerhalb der Liegeflächen dagegen mehr nach der Mitte der Federn zu anzuordnen, und zwar soll letzteres entweder durch Verkröpfen oder bogenförmige Gestaltung der Stege geschehen. Erstrebt und erreicht sind damit die Vorteile einer sowohl zum Sitzen als auch zum Liegen besonders geeigneten Weichfedermatratze, indem bei gleichzeitiger Entlastung der Liegefläche von dem Rahmendruck die Sitzkanten durch die Rahmen versteift werden. Es ist auch aus der Anmeldung zu ersehen, daß zur Erhaltung der Formbeständigkeit der Matratze nur zwei Halterahmen nötig sind. Die Ansprüche erwähnen dies zwar nicht ausdrücklich; die Beschreibung und die Zeichnungen, die sämtlich nur zwei Rahmen zeigen, ergeben es aber. Weiter reicht nach den Unterlagen der Anmeldung der Gegenstand des Musterschutzes nicht. Das LG. hat darüber hinaus in der Anmeldung den allgemeinen Erfindungsgedanken offenbart gefunden, durch Versenken der Halterahmen größere Weichheit der Matratze zu erzielen. In dieser Allgemeinheit würde der Gedanke nicht musterschutzfähig sein, weil ihm jede Beziehung zu einer bestimmten Raumform fehlen würde. Gegenstand des Musterschutzes ist zwar nicht die Raumform als solche, sondern der ihr zugrunde liegende Erfindungsgedanke. Aber der Erfindungsgedanke ist nicht losgelöst von der Raumform, sondern nur in der Eigenart geschützt, in der er sich in ihr ver-

körpert (RGZ. 115, 280 = JW. 1927, 1099; RGUrt. vom 30. Okt. 1929, I 71/29: MuW. 1930, 24; Urt. v. 1. März 1930, I 270/29: JW. 1931, 444 = MuW. 1930, 248; RGUrt. v. 23. Febr. 1935, I 248/34: Mitt. 1935, 141). Abgesehen davon würde jener allgemeine Erfindungsgedanke schon durch das deutsche Patent 456480 der Kl., das der BerR. neben dem weitergehenden britischen Patent zum Stande der Technik nicht besonders erwähnt hat, vorweggenommen sein. Die Kl. selbst geht von einer engeren Fassung des allgemeinen Erfindungsgedankens aus. Im Einklang mit ihrem Berufungsvorbringen will sie der Anmeldung den Gedanken entnommen wissen, bei Weichfedermatratzen mit nur zwei Halterahmen die Weichheit der Federeinlage ohne Nachteil für die Formbeständigkeit dadurch zu erhöhen, daß die Rahmen teilweise durch Verkröpfen versenkt werden, teilweise dagegen zur Stützung der Ränder in Höhe der Oberfläche des Federgeflechts liegen. Es ist anzuerkennen, daß mit diesem Gedanken die Vorstellung einer ausreichend bestimmten Raumform verbunden ist. Der Fachmann kann aus den Angaben der Anmeldung ersehen, daß in Fällen, in denen die Außenränder der Matratzen nicht durch Sitzen besonders beansprucht werden, die Erzielung einer weichen Matratze also im Vordergrunde steht, das Verkröpfen der Halterahmen auf allen vier Seiten vorteilhaft ist. Als notwendige Folge ergibt sich dabei eine gewisse Versteifung der Ecken, weil die Halterahmen an den Ecken in Höhe der Federendwindungen verbleiben müssen. Nicht entscheidend ist, daß ein Anspruch ausdrücklich auf Schutz dieser Gestaltung gerichtet ist. Es ist vielmehr als genügend anzusehen, daß sie von einem Fachmann aus dem Gesamtinhalt der Anmeldung ohne erfinderische Überlegung entnommen werden kann. Im Zweifel gilt auch bei Gebrauchsmustern der Grundsatz, daß der Anmelder alles als geschützt beanspruchen wollte, was nach dem Stande der Technik neu und schutzfähig ist (RGZ. 120, 228 = JW. 1928, 1294; RGZ. 133, 260 = JW. 1932, 1838[14] m. Anm.). Hiernach kommt es auf den Stand der Technik an, ob dem Gebrauchsmuster ein entsprechender Schutzbereich eingeräumt werden kann.

3. Nach dem Stande der Technik muß aber, wie dies folgerichtig auch der BerR. nach seinen Feststellungen hätte tun müssen, die Rechtswirksamkeit des Gebrauchsmusters in dem die Ausführungsform mit verkröpften Halterahmen betreffenden Teile verneint werden.

Aus den deutschen Patentschriften 210834 und 211582 ist allerdings der Gegenstand des Gebrauchsmusters und der als geschützt in Betracht kommende erweiterte Erfindungsgedanke nicht zu ersehen. (Wird ausgeführt.) Auf sich beruhen kann die weitere Frage, ob es für den Fachmann naheliegend war, das in der Patentschrift 210835 für alle vier Seiten von Hartfedereinlagen beschriebene Versenken der Halterahmen auf Weichfedereinlagen anzuwenden, weil es mit Rücksicht auf die wesentlich mehr enthaltende britische Patentschrift 279704 nicht darauf ankommt.

Die hiernach ausschlaggebende britische Patentschrift 279704 bezieht sich unstreitig auf Weichfedermatratzen, und zwar, wie in der Einleitung der Beschreibung ausdrücklich gesagt ist, auf solche mit zwei oder mehreren Halterahmen. Als Aufgabe bezeichnet sie Vermeidung unangenehmer Druckstellen, die durch die an den Endwindungen der Federn liegenden Halterahmen entstehen. Über die Lösung sagt sie grundsätzlich, daß die Versteifungsrahmen wenigstens auf einem Teil ihrer Länge mehr nach der Mitte der Federn zu liegen. Abgesehen von der Zahl der Halterahmen ist darin der aus dem Gebrauchsmuster abgeleitete erweiterte Erfindungsgedanke bereits enthalten. Nach dieser grundsätzlichen Fassung schließt der Lösungsgedanke der britischen Patentschrift auch den Gegenstand des Gebrauchsmusters ein, da auch bei ihm die Haltestangen nur auf einem Teil ihrer Länge versenkt sind. Es fragt sich aber, ob der Durchschnittsfachmann im Zeitpunkte der Anmeldung des Gebrauchsmusters aus dem Gesamtinhalt der britischen Patentschrift den Raumformgedanken des Gebrauchsmusters mit solcher Deutlichkeit zu erkennen vermochte, daß er ihn ohne erfinderische Überlegung anzuwenden vermochte. Die Frage ist zu bejahen. (Wird ausgeführt.) Der Inhalt der Beschreibung in Verbindung mit der Abb. 1 gibt dem Fachmann einen genügenden Hinweis, die Halterahmen nach Bedarf ganz oder teilweise zu versenken. Der Vorschlag des Gebrauchsmusters, bei Matratzen, die sowohl dem Sitzen als auch dem Liegen dienen, die Halterahmen an den Sitzkanten nicht zu versenken, war damit ebenfalls mit hinreichender Deutlichkeit dargestellt. Eine den Musterschutz rechtfertigende neue Gestaltung will die Revisionsbegründung schon darin sehen, daß nach der britischen Patentschrift drei, nach dem Gebrauchsmuster dagegen nur zwei Halterahmen zur Erhaltung der Formbeständigkeit der Matratzen nötig seien. Auch dieser Angriff ist unbegründet. Allerdings weist die britische Patentschrift auch bei der Beschreibung des Ausführungsbeispiels nach Abb. 1 auf den dritten Halterahmen hin. Bei Angabe der Unterschiede des Ausführungsbeispiels 2 ist ferner ausdrücklich gesagt, die Versenkung ebener, also unverkröpfter Rahmen habe den besonderen Vorteil, daß statt drei Versteifungsrahmen nur zwei notwendig seien; dadurch werde die Matratze verbilligt. Der BerR. hebt demgegenüber den Hinweis am Ende der Beschreibung hervor, daß insbes. hinsichtlich Zahl, Anordnung und Form der Rahmen andere Ausführungsarten möglich seien. Er betont ferner, daß nach der Einleitung der Beschreibung und den Patentansprüchen 1 und 2 die Erfindung sich allgemein auf Matratzen mit zwei oder mehr Halterahmen bezieht. Im Ergebnis ist dem BerR. beizutreten. Zuzugeben ist der Kl., daß die Gegenüberstellung der Ausführungsbeispiele in der Patentschrift an sich für die Notwendigkeit von drei Halterahmen bei dem ersten Ausführungsbeispiel spricht. Es ist ferner anzuerkennen, daß bei Weglassung des dritten Rahmens, wie auch die Patentschrift sagt, die Herstellung der Matratzen vereinfacht und verbilligt, der Gebrauchszweck also gefördert wird. Es kommt indessen bei der Würdigung der Vorveröffentlichung nicht allein auf die Darstellung der Ausführungsbeispiele, sondern auf ihren Gesamtinhalt an. Im grundsätzlichen Teil der Beschreibung ist ganz allgemein davon die Rede, daß die Erfindung sich auf Matratzeneinlagen mit zwei oder mehreren seitlichen Halterahmen beziehe. In diesem Zusammenhange gewinnt der vom BerR. hervorgehobene Hinweis am Ende der Beschreibung über andere Ausführungsmöglichkeiten auch hinsichtlich der Zahl der Halterahmen besondere Bedeutung. Hinzukommt, daß die Fassung der Patentansprüche 1 und 2 unmittelbar die Möglichkeit ergibt, den dritten mittleren Rahmen fortzulassen. Danach rechtfertigt sich der Schluß, daß ein Durchschnittsfachmann diese Möglichkeit am Anmeldetage des Gebrauchsmusters aus der Vorveröffentlichung zu entnehmen vermochte. Ein Hinweis darauf, daß dabei Schwierigkeiten zu überwinden seien, ist in ihr nicht enthalten. Auch die Kl. hat in dieser Hinsicht nichts vorgebracht.

Das Ergebnis ist also, daß durch die britische Patentschrift 279704 der hier in Betracht kommende Gegenstand des Gebrauchsmusters 1304829, also nicht bloß der erweiterte Erfindungsgedanke, vorweggenommen worden ist.

II. Beizutreten ist auch der Meinung des BerR., daß die Kl. auf Grund des zweiten Gebrauchsmusters 1376392 ebenfalls keinen Erfolg haben kann.

Das Gebrauchsmuster 1376392 der Kl. enthält den Vorschlag, zur Erzielung gleichförmig weicher, zugleich formbeständiger Federeinlagen den mittleren Teil der beiden übereinander liegenden Halterahmen aus federnden Stahlbändern durch Verkröpfen zu versenken, die Rahmenecken dagegen in Höhe der Endwindungen der Federn anzuordnen. Darin besteht, wovon auch der BerR. ausgeht, der Gegenstand dieses Gebrauchsmusters. Die Verletzungsform deckt sich unstreitig wörtlich mit den angegebenen Erfindungsmerkmalen. Die Hilfserwägung des BerR., die Bekl. habe an dem Gegenstande des Gebrauchsmusters ein Vorbenutzungsrecht erworben, falls es für rechtsbeständig zu erachten wäre, beanstandet die Revisionsbegründung mit Recht. Der BerR. stellt fest, daß das von der Bekl. vor dem 20. April 1935 angefertigte Musterstück völlig den Erfindungsmerkmalen entsprach. Mit Recht zieht er die einmalige Anfertigung eines nicht zum Verkauf bestimmten Musters nicht als Benutzungshandlung, sondern nur als Treffen einer Veranstaltung zur Benutzung

der Erfindung in Betracht. Bei seinen weiteren Ausführungen beachtet er aber nicht hinreichend, daß die Veranstaltungen bis zu der bereits am 2. Mai 1935 erfolgten Anmeldung des Gebrauchsmusters nicht unterbrochen sein durften und daß aus ihnen der ernstliche Wille hervorgehen mußte, die Erfindung alsbald zu benutzen (RGZ. 75, 317; 78, 436; 123, 252; 133, 377). Wenn in der angeführten Rspr. von der Absicht sofortiger Benutzung der Erfindung die Rede ist, so ist das gleichfalls in dem Sinne aufzufassen, daß aus der Art der Veranstaltungen und den Umständen, unter denen sie getroffen wurden, die Absicht ersichtlich sein muß, die Erfindung alsbald zu benutzen. Durchgreifende Bedenken ergeben in dieser Hinsicht die eigenen Ausführungen der Bekl. im Schriftsatz v. 10. Nov. 1937. Danach hat sie der Kl. am 25. April 1935 ein Muster mit nur an den Längsseiten verkröpften Rahmen zur Äußerung über die Rechtslage übersandt und mit ihr wegen des Rechts zur Herstellung dieses Musters einen im Sept. 1935 anhängig gewordenen Rechtsstreit geführt. Beides ergibt sich auch aus den Feststellungen des BerR. Die Bekl. hat aber hierzu weiter erklärt, sie habe die Absicht gehabt, erst nach Durchführung der Verhandlungen mit der Kl. und Erledigung des Rechtsstreits, der ihr Klarheit über die Rechtslage habe verschaffen sollen, mit der Herstellung des Musters mit vierseitig verkröpften Rahmen zu beginnen. Danach fehlt es bis zur Anmeldung des Gebrauchsmusters an Veranstaltungen, aus denen die Absicht zur alsbaldigen Ausführung der Erfindung hervorgeht. Der Rechtsstreit mit der Kl. hat erst lange nach Anmeldung des Gebrauchsmusters begonnen.

Im Ergebnis muß aber mit dem BerR. die Rechtswirksamkeit auch dieses Gebrauchsmusters verneint werden. In der Anmeldung sind Weichfedermatratzen mit zwei übereinanderliegenden Halterahmen für die Federeinlage ausdrücklich als bekannt bezeichnet. Als neu wird ausschließlich die Anordnung der Rahmenecken in Höhe der Endwindungen der Federn und das Versenken der übrigen Rahmenteile gegenüber der Oberfläche des Federgeflechts auf allen vier Seiten angesehen. Hiermit deckt sich die unzweideutige Fassung der Ansprüche. Es ergibt sich also aus der Anmeldung, daß nach der Ansicht des Anmelders kein Schutz beansprucht werden kann und soll für den Gedanken, daß zwei Halterahmen zur Erhaltung der Formbeständigkeit genügen, wenn die Rahmen zur Erzielung weicher Matratzen verkröpft werden, daß vielmehr Gegenstand des Schutzbegehrens allein die beschriebene Anordnung und Gestaltung der Rahmen ist. Die gleiche Rahmenanordnung ergab sich aber für den Fachmann zweifelsfrei aus der Beschreibung des Ausführungsbeispiels 1 der britischen Patentschrift 279 704. Es heißt dort, daß die rechteckigen Rahmen auf den mittleren Teilen nach innen abgebogen sind und die Rahmenecken in gleicher Höhe mit den Enden der Federwindungen liegen. Darin ist der Erfindungsgedanke des Gebrauchsmusters enthalten.

(RG., I. ZivSen., U. v. 16. Sept. 1938, I 65/38.)

Anmerkung: Mit dem vorgenannten Urteil ist, ohne daß dieses besonders ausgesprochen wurde, eine Streitfrage erledigt worden, die für das neue Gebrauchsmustergesetz aufgeworfen war. Die Rechtsungültigkeit eines Gebrauchsmusters kann im Verletzungsstreit im Wege der Einrede geltend gemacht werden. Diesen Standpunkt hat auch Wichards (in GRUR. 1937, 99) gegen Zeller (in GRUR. 1937, 6) vertreten (ablehnend Neumann a. a. O. S. 102 und Zeller a. a. O. S. 427). Das RG. läßt die Einrede der Nichtigkeit in Übereinstimmung mit der Begründung zu §§ 8—11 des neuen Gesetzes zu.

Im übrigen bietet das Urt. erneut eine Bestätigung, daß die patentrechtlichen Auslegungsgrundsätze auch für Gebrauchsmuster gelten. Geschützt ist der Erfindungsgedanke, wie er sich in der Raumform des Musters verkörpert, und zwar nach dem Grundsatz, „daß der Anmelder alles als geschützt beanspruchen wollte, was nach dem Stande der Technik neu und schutzfähig ist“. Dem Schutzanspruch (§ 2 Abs. 2 GebrMustG.) wird also ebensowenig eine allein entscheidende Bedeutung zugemessen wie dem Patentanspruch (§ 26 PatG.). Daß der Schutzanspruch für die Frage, ob ein Verletzungstatbestand gegeben ist, beim Gebrauchsmuster allein maßgebend sein soll — wie dieses gelegentlich gefordert wurde —, läßt sich nach der ganzen Struktur des Schutzsystems nicht rechtfertigen. Der Patentanspruch kommt in seiner endgültigen Fassung auf Grund einer patentamtlichen Prüfung zustande, in der alles, was an neuheitsschädlichen Vorveröffentlichungen beigebracht werden kann, zur Abgrenzung des Gegenstandes der Erfindung berücksichtigt wird. Vielfach kommt für die Festlegung des Patentanspruchs noch der Parteistreit im Einspruchsverfahren hinzu, der ebenfalls dazu dient, den Inhalt des Erfindungsgedankens klarzustellen und so zu kennzeichnen, daß der freie Stand der Technik davon nicht mehr berührt wird.

Wenn nun im Verletzungsprozeß die Fassung des unter mannigfaltigen Bemühungen zustande gekommenen Patentanspruchs nicht allein maßgebend sein soll, sondern im Zweifel der vorbezeichnete Grundsatz gilt, daß der Erfinder alles als geschützt beanspruchen wollte, was nach dem Stande der Technik neu und schutzfähig ist, so muß das erst recht für den Schutzanspruch des Gebrauchsmusters gelten. Denn dieser Schutzanspruch wird, da im Anmeldeverfahren des Gebrauchsmusters keine Neuheitsprüfung erfolgt, allein von der oft unzureichenden Vorstellung des Anmelders getragen. Erst im Verletzungsstreit stellt sich heraus, daß dieses oder jenes Merkmal, das der Anmelder als neu angesehen hatte, tatsächlich nicht mehr neu ist, und daß der eigentliche Erfindungsgedanke in anderer Weise hätte gekennzeichnet werden müssen, als dieses im Anspruch geschehen ist. Es wäre dann unbillig, den Gebrauchsmuster-Erfinder auf den Anspruch festlegen zu wollen und zu seinen Gunsten nicht die gleichen Auslegungsgrundsätze anzuwenden, die dem Patentinhaber zuerkannt werden.

Stellt sich nun aber bei der nachträglichen, im Verletzungsstreit durchgeführten Neuheitsprüfung, die der angebliche Verletzer mit dem Einwand der Rechtsunwirksamkeit betreibt, heraus, daß keine Erfindung vorliegt, und daß die Neuerung schon völlig vorweggenommen ist, dann hat das Gebrauchsmuster keinen Schutzinhalt. Die formale Eintragung bedeutet materiellrechtlich nichts. Es wäre auch nicht notwendig zu fordern, daß zunächst die Eintragung beseitigt werden muß, bevor der Verletzungskläger abgewiesen werden kann. Die Löschung des Gebrauchsmusters kann auch noch nachträglich betrieben werden, sofern nicht der Schutzinhaber nach Verlust der Verletzungsklage die Löschung freiwillig nachfolgen läßt.

Ebenso wie das RG. die patentrechtlichen Grundsätze über die Schutzauslegung bei Gebrauchsmustern heranzieht, ebenso geschieht dieses für die Frage des Vorbenutzungsrechtes, ohne daß dieses im GebrMustG. selbst besonders erwähnt worden ist. Diese alte Praxis ist auch für die gegenwärtige Rechtslage auf Grund der neuen Gesetzgebung übernommen worden, was durchaus zu begrüßen ist.

RA. Utescher, Hamburg.

Preußisches Wassergesetz und Grundbuchrecht

34. KG. — §§ 119, 121, 152 PrWassG.; § 1090 BGB.; § 54 GBO.

1. Die auf den §§ 119, 121 PrWassG. beruhende öffentliche Verpflichtung zur Ausführung von Unterhaltungsarbeiten kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

2. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts, daß der Eigentümer eines Ufergrundstücks die in den §§ 152 ff. PrWassG. behandelten Einwirkungen unter Verzicht auf den ihm gesetzlich zustehenden Schadensersatzanspruch zu dulden hat, ist eintragungsfähig.

Der preußische Staat (Wasserbauverwaltung) ließ einige an der Weser liegende Parzellen an W. auf. Die Käuferin verpflichtete sich in dem Kaufvertrage gemäß § 121 PrWassG. gegenüber dem Deutschen Reich, vorbehaltlich der Zustimmung der Wasserpolizeibehörde, die dem Reiche gemäß § 119 WassG. obliegenden Uferarbeiten nach dessen Anweisung auf ihre Kosten auszuführen; diese Unterhaltungspflicht soll als öffentlich-rechtliche Verpflichtung auf den verkauften Grundstücken lasten (§ 4 des Vertrages). Ferner verpflichtete sich die Käuferin, das Heben und Senken des Wasserspiegels in der Weser an den ge-

kauften Grundstücken seitens des Reiches (Reichswasserstraßenverwaltung) zu dulden; sie räumte diesem das unbeschränkte Recht ein, an dem Ufer und in dem Bette der Weser Wasserbauwerke, insbes. strombauliche Anlagen zu errichten, ohne daß sie oder ihre Rechtsnachfolger für Schäden und Nachteile, die durch Erhöhung und Senkung des Wasserspiegels oder die durch Errichtung von Wasserbauwerken entstehen, Schadensersatz oder die Herstellung von Einrichtungen i. S. der §§ 156 ff. WassG. vom Reich oder seinen Rechtsnachfolgern fordern könne (§ 6 des Vertrages). Die Käuferin bewilligte und beantragte die Umschreibung des Eigentums und die Eintragung der in den §§ 4 und 6 des Vertrages behandelten Rechte. Das GBA. wies den Antrag, das LG. wies die Beschw. zurück, weil § 4 des Vertrages eine öffentlich-rechtliche Last zum Gegenstand habe und weil die Dienstbarkeit aus § 6 des Vertrages wegen des Verzichts auf Schadensersatz nicht eintragungsfähig sei. Die weitere Beschwerde war erfolglos.

Nach § 119 PrWassG. hat der zur Unterhaltung des Wasserlaufs Verpflichtete bestimmte Unterhaltungsarbeiten an den Ufergrundstücken auszuführen. Diese Verpflichtung beruht auf öffentlichem Recht. Sie kann nach § 121 WassG. durch Vereinbarung zwischen den beteiligten Grundstückseigentümern und dem zur Unterhaltung des Wasserlaufs Verpflichteten abweichend (§ 119) geregelt werden. Stimmt die Wasserpolizeibehörde der abweichenden Regelung zu, so behält die Unterhaltungspflicht den Charakter einer öffentlichen Verpflichtung. Ohne die Zustimmung wirkt sie nur privatrechtlich zwischen den Vertragschließenden (Born, „PrWassG." Anm. zu § 121). Im vorliegenden Fall ist die Unterhaltungspflicht von der Erwerberin mit Zustimmung der Wasserpolizeibehörde als öffentliche Verpflichtung übernommen worden. Die BeschwF. hält die Verpflichtung für eintragungsfähig und beruft sich hierzu auf die Entsch. des Senats v. 11. und 31. März 1926 (JFG. 4, 374 = Ztschr. f. Agrar- u. Wasserrecht, Bd. 7, S. 322, 325). Sie übersieht dabei, daß diese Entsch. vor dem Inkrafttreten der GBO. v. 5. Aug. 1935 ergangen sind. Damals galt Art. 11 PrAGGBO., wonach nur solche öffentlichen Lasten von der Eintragung in das Grundbuch ausgeschlossen waren, welche das Vorrecht des § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZwVerstG. genossen. Der Senat hat in den fraglichen Entsch. ausgeführt, daß die Unterhaltungspflicht des § 121 WassG. nicht zu den öffentlichen Lasten dieser Art gehört und deshalb die Eintragung für zulässig erklärt. Nunmehr gilt aber § 54 GBO. i. d. Fass. v. 5. Aug. 1935, der jede öffentliche Last als solche von der Eintragung in das Grundbuch ausschließt. Die Vorinstanzen haben deshalb mit Recht die Eintragung in das Grundbuch für unzulässig erklärt. Ergänzend sei bemerkt, daß auch eine rein privatrechtliche Vereinbarung der Beteiligten nicht in das Grundbuch eingetragen werden könnte, weil sie als „beständige" Last dem PrAblösG. v. 2. März 1850 (§§ 6, 91) unterfiele (JFG. 4, 374).

Die Vorinstanzen halten ferner die Eintragung der in § 6 des Vertrages bewilligten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für nicht eintragungsfähig wegen des Zusatzes, daß die Einwirkungen unter Verzicht auf jeden Anspruch auf Schadensersatz und auf Herstellung den Schaden mindernder Einrichtungen zu dulden sind. Diese Auffassung beruht auf Rechtsirrtum. Nach der früheren Rspr. des Senats (KGJ. 49, 195; JW. 1921, 584) konnte der Anspruch auf Schadensersatz niemals zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden. An dieser Auffassung kann der Senat aber im Hinblick auf die Entsch. des RG. (RGZ. 130, 351 = JW. 1931, 530 [14]) nur für den Fall festhalten, daß Rechte, die zum Inhalt des Eigentums gehören, durch Vertrag ausgeschlossen werden sollten (KG.: HöchstRRspr. 1934 Nr. 262). Für den Fall dagegen, daß dem Grundstückseigentümer kraft besonderer Gesetzesvorschriften die Abwehrklage (§ 1004 BGB.) gegenüber Einwirkungen Dritter verwehrt ist und ihm als Ersatz dafür kraft Gesetzes ein Schadensersatzanspruch gewährt wird, hat das RG. a. a. O. die Eintragung einer Dienstbarkeit des Inhalts zugelassen, daß der Betroffene die Einwirkung unter Verzicht auf den ihm gesetzlich zustehenden Schadensersatzanspruch zu dulden hat. So liegt der Fall hier. Nach § 152 WassG. können natürliche Wasserläufe erster Ordnung und ihre Ufer aus Gründen des öffentlichen Wohles ausgebaut werden, insbes. können auch Stauwerke angelegt werden (§ 153 WassG.), durch welche also der Wasserspiegel gehoben oder gesenkt wird. Die Anlieger können die Ausbauten nicht hindern. Das WassG. gibt ihnen aber in den §§ 156 Abs. 2, 159, 168 ff. stattdessen den Anspruch, die Herstellung bestimmter Einrichtungen oder Schadensersatz zu verlangen. Die Duldung der Einwirkung unter Verzicht auf diese Ansprüche kann den Inhalt einer Grundbuchdienstbarkeit und damit auch einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (§ 1090 Abs. 2 BGB.; Güthe-Triebel, Bd. 2, S. 1765 m. Nachw.) bilden.

Hiernach war die Zwischenverfügung unbegründet, soweit sie sich auf § 6 des Vertrages bezog. Wegen der übrigen nicht behobenen Hindernisse hat das GBA. aber den Eintragungsantrag mit Recht zurückgewiesen.

(KG., 1. ZivSen., Beschl. v. 6. Okt. 1938, 1 Wx 426/38.) [H.]

Zivilprozeßordnung

**** 35. RG. — § 36 Ziff. 3 ZPO. Eine Zuständigkeitsbestimmung aus § 36 Ziff. 3 ZPO. ist auch dann noch zulässig, wenn die Klage bereits erhoben und die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit bereits geltend gemacht worden ist. An der in RGZ. 115, 372 vertretenen gegenteiligen Auffassung wird nicht festgehalten.**

An der in der Entscheidung: RGZ. 115, 372 = JW. 1927, 1637 vertretenen Auffassung, daß eine Zuständigkeitsbestimmung aus § 36 Nr. 3 ZPO. nicht mehr zulässig sei, wenn die Klage bereits erhoben ist, hält der Senat auch für den Fall nicht mehr fest, daß die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit im anhängigen Rechtsstreit bereits geltend gemacht worden ist. Der Senat ist nach erneuter Prüfung der Ansicht, daß der Wortlaut des Gesetzes („verklagt werden sollen") für sich allein nicht ausschlaggebend sein kann. Gegenüber den Zweckmäßigkeitserwägungen, auf denen die Vorschrift des § 36 Nr. 3 ZPO. beruht, muß das Interesse zurücktreten, das die vor einem zunächst unzuständigen Gericht verklagte Partei an der Geltendmachung der Unzuständigkeit hat. Es kann nicht anerkannt werden, daß sie ein unentziehbares Recht auf Erhaltung der ihr einmal erwachsenen Einrede der Unzuständigkeit des Gerichts hätte. Hervorgehoben mag noch werden, daß für eine Zuständigkeitsbestimmung selbstverständlich dann kein Raum mehr ist, wenn bereits eine Verweisung an das an sich zuständige Gericht gemäß § 276 ZPO. erfolgt ist. Dieser Fall liegt jedoch hier nicht vor.

(RG., IV. ZivSen., Beschl. v. 17. Okt. 1938, IV G B Nr. 178/38.)

*

36. RG. — § 93 ZPO.; § 6 PatG. Hat in einem Patentstreit der Kl. beantragt, die Abhängigkeit des Patents des Bekl. von einem ihm zustehenden Patent festzustellen, und erledigt sich der Rechtsstreit dadurch, daß das Patent des Bekl. für nichtig erklärt wird, dann ist bei der Entscheidung über die Kosten § 93 ZPO. entsprechend anzuwenden, und zwar auch dann, wenn der Kl. selbst neben dem Abhängigkeitsstreit die Nichtigkeitsklage durchgeführt hat. — § 93 ZPO. ist auch dann entsprechend anzuwenden, wenn der Kl. im Laufe des Rechtsstreits durch eine Änderung des Gesetzes klaglos gestellt wird.

Der Klageantrag, die Abhängigkeit des Patents der Bekl. von dem Klagepatent festzustellen, hat sich dadurch erledigt, daß das erstgenannte Patent durch das Urt. des Senats vom 21. Febr. 1938 für nichtig erklärt worden ist. Die Parteien streiten insoweit nur mehr über die Kosten. Wendet man § 93 ZPO. entsprechend an, so hängt die Entscheidung davon ab, ob der Antrag bis zu dem erledigenden Ereignis begründet gewesen wäre oder nicht.

Hiergegen könnten rechtliche Bedenken erhoben werden, zu denen der Senat richtungweisend, wie folgt, Stellung nimmt:

Man könnte daran denken, die Nichtigerklärung eines Patents als rechtsähnlich einer Gesetzesänderung anzusehen und daraus zu folgern, daß die klaglos gestellte Kl. die Kosten zu tragen habe. Der Senat schließt sich jedoch der in Rechtsprechung und Schrifttum überwiegend vertretenen (vgl. JW. 1933, 861) Ansicht an, daß auch im Falle einer im Laufe eines Rechtsstreits ergangenen, den Kl. klaglos stellenden Gesetzesänderung die entsprechende Anwendung des § 93 ZPO. zuzulassen ist. In dem — etwa entgegengehaltenen — Urt. des Senats: RGZ. 101, 162 scheiterte die Anwendung des § 93 ZPO. schon daran, daß der Kl. die dem Anerkenntnis des § 93 entsprechende Erledigungserklärung nicht sofort abgegeben hatte. Sollte aber in jener Entscheidung eine andere Rechtsauffassung als die hier vertretene zum Ausdruck kommen, so hält der Senat an ihr nicht fest.

Weiter könnte auf den Grundsatz der Rückwirkung des Nichtigkeitsurteils hingewiesen (RGZ. 63, 141; GRUR. 1929, 335) und aus ihm geschlossen werden, die Abhängig-

keitsklage sei von Anfang an unbegründet gewesen, weil schon bei ihrer Erhebung das angeblich abhängige Patent nicht mehr bestanden habe. Aber auch dieses Bedenken ist nicht anzuerkennen. Die Rückwirkung wird hergeleitet von der die Nichtigerklärung begründenden Feststellung, das Patent habe überhaupt nicht erteilt werden dürfen, weil eine patentfähige Erfindung nicht bestanden habe. Die Abhängigkeitsklage hat aber mit der Frage der materiell berechtigten Erteilung des abhängigen Patents nichts zu tun. Nur der formelle Akt der Patenterteilung ist ein notwendiger Teil des Klagetatbestandes. Dieser aber wird nur durch die rechtsgestaltende, den formellen Staatsakt aufhebende Wirkung des Nichtigkeitsurteils betroffen. Deshalb rechtfertigt es sich, im Abhängigkeitsstreit der Nichtigerklärung des abhängigen Patents keine Rückwirkung beizulegen, sondern eine aus ihr folgende Erledigung erst als im Zeitpunkt der Rechtskraft des Nichtigkeitsurteils eingetreten anzusehen.

Endlich könnte erwogen werden, ob etwa dem Umstand Bedeutung beizumessen sei, daß die Kl. neben dem vorliegenden Rechtsstreit auch die Nichtigkeitsklage durchgeführt hat. Auch das ist zu verneinen. Die Kl. hat mit der Abhängigkeitsklage den Bestand des angeblich abhängigen Patents nicht angegriffen, stützte sich vielmehr gerade auf das Bestehen des staatlichen Hoheitsaktes der Patentverleihung. Daß sie die rechtliche Möglichkeit hatte, auch auf die Beseitigung dieses Hoheitsaktes hinzuwirken, ändert daran nichts und verpflichtete sie ferner nicht, von diesem Rechtsbehelf vor einem anderen Gebrauch zu machen. Es war sodann nicht die Kl., sondern ein Dritter, nämlich das Gericht als staatliche Stelle, welches den Hoheitsakt beseitigte und damit die Erledigung des Abhängigkeitsstreits herbeiführte.

Die im vorstehenden behandelten Rechtsbedenken stehen also der entsprechenden Anwendung des § 93 ZPO. nicht entgegen.

(RG., I. ZivSen., U. v. 19. Aug. 1938, I 100/36.) [N.]

*

37. OLG. — §§ 256, 331 ZPO. Das Rechtsschutzbedürfnis an Erlangung eines Versäumnisurteils auf Feststellung der unehelichen Vaterschaft ist zu bejahen.

Der Kl. ist i. J. 1909 von einer Volljüdin unehelich geboren. Diese hat zunächst den Bekl., und als dieser unauffindbar war, einen anderen Mann als Erzeuger angegeben. Die Unterhaltsklage gegen letzteren ist abgewiesen, nachdem er den ihm durch bedingtes Endurteil auferlegten Eid geleistet hatte, mit der Kindesmutter in der gesetzlichen Empfängniszeit keinen Geschlechtsverkehr gehabt zu haben.

Der Kl. behauptet, der Bekl. sei sein Vater. An der Feststellung der Vaterschaft des Bekl., der Arier sei, habe er deshalb besonderes Interesse, weil die Handwerkskammer seine Zulassung zur Meisterprüfung von der Vorlegung eines Urt. abhängig mache, aus dem sich ergebe, daß sein Vater nicht Jude, sondern Arier sei.

Da der Bekl. sich vor dem LG. nicht hat vertreten lassen, hat der Kl. um Erlaß eines Versäumnisurteils dahin gebeten, daß festgestellt werde, daß er ein uneheliches Kind des Bekl. sei. Der Einzelrichter des LG. hat die Klage abgewiesen, da der Kl. für ein Versäumnisurteil kein Rechtsschutzbedürfnis habe. Das RG. habe allerdings in seiner Entsch. v. 14. Okt. 1937 (JW. 1938, 245 ff.) Feststellungsklagen nach § 256 ZPO. über die uneheliche Vaterschaft für zulässig erklärt, jedoch dabei betont, die Bedeutung eines solchen Urt. liege darin, daß es nach eingehender Beweisaufnahme ergehe. Ein Versäumnisurteil könne indessen eine sachliche Bedeutung für die Feststellung der Vaterschaft nicht haben, so daß ihm ein Gesetzeskenner keinerlei Beachtung schenken würde. Ein Gesetzesunkundiger hingegen könne der Meinung sein, daß dem Versäumnisurteil eine eingehende Beweisaufnahme vorausgegangen sei und es deshalb als Nachweis für die blutsmäßige Abkunft betrachtet werden müsse. Da also ein Versäumnisurteil keine aufklärende, sondern allenfalls eine irreführende Wirkung haben könne, sei das Rechtsschutzbedürfnis des Kl. an einem Versäumnisurteil zu verneinen, da die Gerichte ihre Hand nicht zu Irreführungen bieten dürften.

Das OLG. hat dieses Urt. des Einzelrichters des LG. aufgehoben und den Rechtsstreit zur anderweitigen Verhandlung und Entsch. an das LG. zurückverwiesen. Es führt aus, daß das Versäumnisurteil erlassen werden müsse, da seine prozessualen Voraussetzungen vorlägen und das Versäumnisverfahren in der den Rechtsstreit betreffenden Sache zulässig sei (§ 256 ZPO.). Da die Klage schlüssig sei, könne ihre Schlüssigkeit durch den Antrag auf Erlaß eines Versäumnisurteils nicht verlorengehen. Nur dann dürfe ein Versäumnisurteil nicht erlassen werden, wenn es gesetzlich verboten sei. Es fehle aber jede gesetzliche Grundlage dafür, den Erlaß eines Versäumnisurteils auch wieder vom Vorliegen eines besonderen Rechtsschutzinteresses hierfür abhängig zu machen. Es beständen auch keine durchgreifenden sachlichen Erwägungen, die den Erlaß eines Versäumnisurteils in Fällen wie den vorliegenden als rechtswidrig erscheinen lassen könnten. Fragen, die sich auf die Verwertbarkeit eines derartigen Urt. bezögen, könnten niemals dafür ausschlaggebend sein, ob ein Versäumnisurteil überhaupt erlassen werden dürfe. Es müsse der Praxis überlassen bleiben, welchen Wert sie im Einzelfalle einem solchen Versäumnisurteil über Abstammungsfragen beimesse. Die Gefahr gelegentlicher Überschätzung seiner Bedeutung könne nicht zur Rechtsverweigerung für den Kl. führen.

(OLG. Naumburg, 5. ZivSen., Urt. v. 29. Sept. 1938, 5 U 90/38.)

*

38. RG. — § 286 ZPO. Umfang der Beweiswürdigungspflicht des Gerichts gemäß § 286 ZPO.

Das die Ehe zwischen dem Kl. und der Mutter der Bekl. scheidende Urteil ist am 22. April 1936 rechtskräftig geworden. Die Bekl. ist am 7. Febr. 1936 geboren. Der Kl. hat die Ehelichkeit der Bekl. mit der Klage rechtzeitig angefochten, ist aber in beiden Rechtszügen unterlegen. Die Rev. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Entgegen der Behauptung des Kl. hält das BG. nicht für widerlegt und auch nicht für widerlegbar, daß der Kl. innerhalb der Empfängniszeit mit seiner Ehefrau geschlechtlichen Verkehr ohne Schutzmittel gepflogen hat. Es hat weiterhin geprüft, ob die Unmöglichkeit der Abstammung der Bekl. vom Kl. durch die Blutgruppenuntersuchung und das erbbiologische Gutachten hinreichend dargetan sei. Das verneint es. Die Untersuchung der Blutgruppen hat die Vaterschaft des Kl. nicht auszuschließen vermocht. Das erbbiologische Gutachten des Kaiser-Wilhelm-Instituts in Berlin, das auf einer Untersuchung der Parteien und der Mutter der Bekl. beruht, ist zu dem Ergebnis gelangt, es sei unwahrscheinlich, daß der Kl. der Vater der Bekl. sei. Demgegenüber hat das BG. ausgeführt, die offenbare Unmöglichkeit der Vaterschaft, die der Kl. beweisen müsse, könnte nur angenommen werden, wenn erwiesen wäre, daß die Mutter der Bekl. innerhalb der Empfängniszeit mit einem bestimmten Dritten Geschlechtsverkehr gehabt habe, und ein neues Gutachten zu dem Schluß käme, daß dieser Dritte wegen bestimmter erbbiologischer Merkmale mit Sicherheit oder doch mit größter Wahrscheinlichkeit der Erzeuger sei. Als ein solcher Dritter sei vom Kl. der Zeuge K. bezeichnet worden. K. sei ein Vetter des Kl. Es könne auf sich beruhen, ob ein erbbiologisches Gutachten trotz dieser Blutsverwandtschaft zu dem angegebenen Schluß gelangen könne, denn es sei nicht erwiesen, daß K. mit der Mutter der Bekl. Geschlechtsverkehr unterhalten habe. Gewisse näher dargelegte Verdachtsgründe deuteten allerdings auf solchen Verkehr hin. K. habe aber eidlich und glaubwürdig den Geschlechtsverkehr verneint, ebenso die Mutter der Bekl. Zudem habe am 29. Sept. 1936, dem Tage, an welchem K. mit der Mutter der Bekl. in der Wohnung gewesen sei, kein geschlechtlicher Verkehr stattfinden können, da der Kl. alsbald ebenfalls in die Wohnung gekommen sei. Aus einem Verkehr an diesem Tage könne die Bekl. auch nicht stammen, denn die Mutter sei damals schon im fünften Monat schwanger gewesen. Nicht der geringste Anhalt bestehe für die Annahme, daß K. schon irgendwann früher Gelegenheit gehabt habe, der Mutter der Bekl. näherzutreten. Bei dieser Sachlage habe es einer Ergänzung des erbbiologischen Gutachtens nicht bedurft.

Demgegenüber ist die auf § 286 ZPO. gestützte Rüge der Rev. begründet. Das BG. hat nicht ausgesprochen, daß wegen der Blutsverwandtschaft zwischen dem Kl. und K. die erbbiologische Untersuchung hinsichtlich der Vaterschaft des K. kein Ergebnis haben könnte, wäre zu einer Entscheidung dieser Frage ohne Anhörung von Sachverständigen auch schwerlich in der Lage gewesen. Es hält die Einholung eines ergänzenden Gutachtens in dieser Richtung nur deshalb für unnötig, weil nicht erwiesen sei, daß K. mit der Mutter der Bekl. geschlechtlich verkehrt habe. Zwar hat es auch ausgeführt, ein Verkehr am

29. Sept. 1936 würde zur Erzeugung der Bekl. nicht mehr haben führen können, ein früherer Verkehr beider sei aber überhaupt nicht in Erwägung zu ziehen. Indessen sind diese Gründe offenbar für die Entscheidung nicht ausschlaggebend gewesen. Sie hätten es auch nicht wohl sein können, denn sofern ein Gutachten die Abstammung der Bekl. von K. in ausreichendem Grade wahrscheinlich machen würde, wäre alsbald das vermißte Anzeichen für Geschlechtsverkehr des Zeugen mit der Mutter zu irgendwelcher anderen Zeit gegeben. Wesentlich war vielmehr für die Entscheidung nur, daß das BG. die Aussagen des K. und der Mutter der Bekl. aus den von ihm im einzelnen angegebenen Gründen für glaubwürdig hielt, obwohl es nicht verkannt hat, daß Verdachtsanzeichen gegen K. vorliegen. Somit beruht das Urteil auf einer Würdigung des Sachverhalts, die der Anforderung des § 286 ZPO. nicht entspricht, denn sie hat nicht alle für die Erforschung der Wahrheit verfügbaren Umstände erschöpft. Es wäre möglich gewesen, wie es der Kl. zudem beantragt hatte, ein erbbiologisches Gutachten auch noch auf einer Vergleichung der Bekl. mit K. aufzubauen. Hätte sich dabei ein mehr oder weniger erheblicher Anhalt für K.s Vaterschaft ergeben, so würde dieser Umstand für die Glaubwürdigkeit der Zeugenaussagen sicherlich von großer Bedeutung gewesen sein. Deshalb durfte das BG. an dieser Möglichkeit der Sachaufklärung nicht vorbeigehen.

(RG., IV. ZivSen., U. v. 20. Okt. 1938, IV 129/38.)

*

39. LG. — § 513 ZPO. Eine Säumnis liegt nicht vor, wenn sich eine Partei, die zur festgesetzten Terminsstunde im Sitzungssaal anwesend war und dort längere Zeit gewartet hatte, bei Aufruf der Sache gerade für kurze Zeit aus dem Sitzungssaal entfernt hatte.

Der Bekl. ist durch Versäumnisurteil des AG. verurteilt worden, wegen eines dem Kl. zustehenden Anspruchs von 1887 *RM* die Zwangsverwaltung und Zwangsversteigerung seines Grundstücks zu dulden.

Im Termin über den Einspruch und die Hauptsache ist durch Versäumnisurteil vom selben Tage der Einspruch des Bekl. gegen das Versäumnisurteil des AG. verworfen worden. Die Ber. führte zur Aufhebung und Zurückverweisung. Nach § 513 Abs. 2 ZPO. unterliegt ein Versäumnisurteil, gegen welches der Einspruch an sich nicht statthaft ist, der Berufung insoweit, als dieselbe darauf gestützt wird, daß der Fall der Versäumung nicht vorgelegen habe.

Diese Voraussetzungen sind im vorliegenden Fall erfüllt. Gegen das zweite Versäumnisurteil ist nach § 345 ZPO. ein weiterer Einspruch nicht zulässig. Es ist aber nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme auch als erwiesen anzusehen, daß ein Fall der Säumnis nicht vorgelegen hat, weil der Bekl. infolge unabwendbarer Zufälle i. S. von § 337 ZPO. nicht in der Lage war, den Erlaß dieses Versäumnisurteils zu verhindern (vgl. hierzu Baumbach, „ZPO.“, 10. Aufl., Anm. 3 zu § 513).

Nach der dienstlichen Auslassung des Vorderrichters hat dieser die auf 9 Uhr anberaumte Sache im Termin gegen ¾11 Uhr aufgerufen und da der Bekl. im Gerichtssaal nicht anwesend war und sich auch nach einem außerhalb des Saales veranlaßten Aufruf nicht meldete, auf Antrag des Kl. Versäumnisurteil gegen den Bekl. erlassen. Tatsächlich ist aber der Bekl., wie sich aus den vorgetragenen Auskünften ergibt und insbes. verschiedene andere Sitzungsteilnehmer auf Befragen des Vorderrichters bestätigt haben, von Sitzungsbeginn an anwesend gewesen und hat sich nur einmal vor Erlaß des Versäumnisurteils aus dem Sitzungssaal entfernt.

Bei dieser Sachlage hat es das BG. für geboten erachtet, den Bekl. nach § 448 ZPO. über die Gründe seiner Säumnis als Partei zu vernehmen. Dabei hat der Bekl. glaubhaft vorgetragen und auch beschworen, daß er am Terminstage noch vor 9 Uhr im Sitzungssaal anwesend war, daß er bis etwa ½11 Uhr auf den Aufruf seiner Sache gewartet, sich dann für einige Minuten, da er einmal habe austreten müssen, aus dem Sitzungssaal entfernt und bei dieser Gelegenheit noch ein paar Worte mit dem RA. Dr. F. gewechselt habe und daß er dann wieder in den Sitzungssaal zurückgekehrt sei, wo er nach etwa zehn Minuten erfahren habe, daß bereits Versäumnisurteil gegen ihn ergangen sei.

Das BG. sieht diese Säumnis des Bekl. als auf einem unabwendbaren Zufall beruhend an, den der Bekl. nicht zu vertreten hat, zumal da er bereits 1½ Stunde auf den Aufruf seiner Sache gewartet hatte und nicht damit zu rechnen brauchte, daß gerade in den wenigen Minuten, die er abwesend war, Versäumnisurteil gegen ihn ergehen würde. Es kann auch nicht anerkannt werden, daß der Bekl. verpflichtet gewesen wäre, sich vorher an den Vorsitzenden des Gerichts mit der Bitte zu wenden, seine Sache erst vorzunehmen, wenn er wieder im Sitzungssaal anwesend sein würde. Ein solches Verfahren entspricht nicht der Üblichkeit der Verhandlung vor dem AG.

(LG. Plauen, Urt. v. 18. Okt. 1938, 3 S 81/38.)

*

40. RG. — § 519 ZPO.

1. Wird eine Berufung wegen Versäumung der Berufungsfrist durch Beschluß als unzulässig verworfen, so läuft die Frist zur Begründung der Berufung gleichwohl am Tage der Einlegung der Berufung an ununterbrochen auch nach Erlaß des Verwerfungsbeschlusses weiter für den Fall, daß dieser Beschluß im Beschwerdeverfahren aufgehoben wird.

2. Die von einem Rechtsanwalt anzuwendende äußerste Sorgfalt erfordert u. U., daß der Anwalt in Fristensachen bei Vorlegung der Akten aus anderem Anlaß den Lauf einer Frist selbst dann prüft, wenn er die Führung eines Fristenkalenders seiner Kanzlei anvertrauen durfte.

Der Kl. hatte durch einen am 10. Juni 1938 beim OLG. eingegangenen Schriftsatz gebeten, ihm das Armenrecht zur Einlegung der Berufung gegen das der Klage zum Teil stattgebende, sie zum Teil abweisende Urteil des LG. v. 21. April 1938, zugestellt am 17. Mai 1938, zu gewähren. Das OLG. hat aber das Gesuch am 22. Juni 1938 abgelehnt, weil die Berufungsfrist am 17. Juni abgelaufen, also die Rechtsverfolgung aussichtslos sei. Darauf hat der Kl. am 30. Juni 1938 durch RA. X. Berufung gegen das Urteil des LG. eingelegt und um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Berufungsfrist gebeten. Der Schriftsatz enthält nur die Einlegung der Berufung und den Berufungsantrag, sowie die Begründung für den Wiedereinsetzungsantrag, aber keine weitere Berufungsbegründung. Das OLG. hat am 6. Juli 1938 die Berufung als unzulässig verworfen und den Wiedereinsetzungsantrag abgelehnt. Der Kl. hat dagegen sofortige Beschwerde eingelegt, der das RG. am 26. Juli 1938 stattgegeben hat, indem es den Beschluß des OLG. aufhob. Nunmehr beantragte der Kl. durch mehrere Schriftsätze, die sämtlich am 9. Aug. 1938 beim OLG. eingingen, ihm das Armenrecht zu gewähren und ihm gegen die Versäumung der Berufungsbegründungsfrist, falls sie überhaupt versäumt sei, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren; der Prozeßbevollmächtigte begründete auch die Berufung. Das OLG. verwarf aber die Berufung durch Beschluß v. 22. Aug. 1938 als unzulässig aus dem Grunde, daß die Berufungsbegründungsfrist versäumt sei, und lehnte den Antrag auf Wiedereinsetzung gegen diese Versäumung ab. Gegen diesen am 26. Aug. 1938 zugestellten Beschluß hat der Anwalt des Kl. durch einen am 3. Sept. 1938 beim OLG. eingegangenen Schriftsatz v. 2. Sept. sofortige Beschwerde eingelegt.

Der Beschwerde konnte nicht stattgegeben werden.

Der BeschwF. meint zunächst, die Frist zur Begründung der Berufung, die am 30. Juni begonnen hatte, sei durch den die Berufung als unzulässig verwerfenden Beschluß des OLG. v. 6. Juli 1938 unterbrochen worden, da hiermit die Instanz beendet worden sei. Dem kann nicht zugestimmt werden. Im Gesetz ist eine solche Unterbrechung nicht vorgesehen; sie ergibt sich auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen der ZPO. Sogar eine in der Sache selbst befindende Entsch. beendet die Instanz nicht in dem Sinne, daß nicht noch eine Reihe von Rechtshandlungen der Parteien oder des Gerichts in der Instanz zulässig wären. Abgesehen von der Zustellung der Entsch., die nach der Natur der Sache zur unteren Instanz gehören muß (VerZivSen. des RG.: RGZ. 41, 426), bleibt das Gericht dieser Instanz zuständig für den Erlaß von Arresten und einstweiligen Verfügungen (§ 943 Abs. 1 ZPO.), ja, man wird den Zeitraum zwischen den Instanzen ganz allgemein zu der unteren Instanz rechnen müssen (RGZ. 68, 247 [250]; Jonas-Pohle, ZPO., 16. Aufl., § 176 II 2). Dem Weiterlaufen einer Frist nach einer Endentscheidung stehen also grundsätzliche Bedenken nicht entgegen. Für die Frage dieses Weiterlaufens ist aber namentlich folgender Gedankengang von Bedeutung. Jede Entsch. steht unter der Bedingung einer

Bestätigung durch die höhere Instanz, sofern und soweit überhaupt ein Rechtsmittel gegeben ist. Wird sie von der höheren Instanz aufgehoben, so ist damit dargetan, daß die frühere Instanz in Wirklichkeit noch nicht abgeschlossen war; die sie abschließende Entsch. hat diese Wirkung nicht gehabt. Die Zurückweisung an das Gericht der unteren Instanz (§§ 538, 539, 565 ZPO.) hat nicht die Bedeutung der Eröffnung einer neuen Instanz, sondern die der Anordnung der Fortsetzung des Verfahrens in der unteren Instanz, das in Wirklichkeit auch für diese Instanz noch nicht abgeschlossen war. Dasselbe gilt für die Beschwerde. Hebt das höhere Gericht die angefochtene Entsch. auf, entscheidet aber nicht selbst in der Sache, so hat es dem anderen Gericht die erforderliche Anordnung zu übertragen (§ 575 ZPO.). Das bedeutet, daß die Sache ohne weiteres wieder in die untere Instanz zurückgeht, daß also die angefochtene Entsch. nicht die Wirkung einer Abschließung der Instanz hatte. Es handelt sich auch hier sachlich um eine Zurückverweisung mit denselben Folgen, wie sie eine solche bei der Berufung und der Revision hat. Nun sind allerdings Entscheidungen, die mit der Beschwerde anfechtbar sind, mit ihrer Verlautbarung rechtswirksam, und selbst die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (§ 572 ZPO.). Das schließt aber keineswegs aus, daß die Rechtswirksamkeit beseitigt werden kann, m. a. W., daß sie unter der auflösenden Bedingung der Aufhebung in der höheren Instanz steht. Wird die Entsch. angefochten und aufgehoben, so fällt sie dahin, und die Prozeßlage ist dieselbe wie vor ihrem Erlaß. Die Rechtswirksamkeit der angefochtenen Entsch. ist in vollem Umfange beseitigt. Dies ist auf alle Fälle dann anzunehmen, wenn es sich um die sofortige Beschwerde handelt. Erst mit der Rechtskraft steht fest, daß die Rechtswirksamkeit der mit der sofortigen Beschwerde anfechtbaren Entsch. bestehen bleibt. Im vorl. Falle ist der die Berufung des Kl. verwerfende Beschluß des OLG. v. 6. Juli 1938 vom RG. aufgehoben worden. Damit ist die Rechtswirksamkeit der Verwerfung weggefallen, der Verwerfungsbeschluß hat sich als untauglich erwiesen, das Verfahren im ganzen oder auch nur in der Instanz zu beendigen. Er kann also keine Wirkung mehr haben, es ist so anzusehen, als sei er überhaupt nicht erlassen worden. Daß dies Ergebnis dem Grundgedanken der ZPO. entspricht, ist auch daraus zu erkennen, daß, falls man eine Unterbrechung des Laufes der Berufungsbegründungsfrist durch den die Berufung verwerfenden Beschluß annähme, jeder Anhalt dafür fehlen würde, von welchem Zeitpunkt an die Frist laufen sollte, sei es als neue Frist, sei es als Fortsetzung der alten Frist. Will der Anwalt die Berufung wegen des erlassenen Verwerfungsbeschlusses nicht in der Begründungsfrist begründen und erst das Ergebnis einer sofortigen Beschwerde abwarten, so steht ihm zur Vermeidung von Rechtsnachteilen der Weg offen, die Verlängerung der Frist zu beantragen.

Die Berufungsbegründungsfrist hat sonach als versäumt zu gelten, und es fragt sich weiter, ob der Wiedereinsetzungsantrag des Kl. berechtigt ist. Insoweit ist aber dem OLG. in der Annahme beizutreten, daß der Prozeßbevollmächtigte des Kl., Rechtsanwalt X., nicht die erforderliche äußerste Sorgfalt hat walten lassen. Darauf, ob dessen Bürovorsteherin ein Verschulden trifft, kommt es nicht an, da sie nicht Vertreterin des Kl. war (§ 232 Abs. 2 ZPO.). Gleichwohl ist ihre Person nicht ohne Bedeutung, denn nach ihren Fähigkeiten bestimmte es sich, inwieweit der Anwalt selbst sich auf sie verlassen durfte. Rechtsanwalt X. hatte zwar — wie er glaubhaft gemacht hat — angeordnet, daß im Falle der Einlegung einer Berufung drei Fristen in den Fristenkalender eingetragen werden sollten: einmal auf den Tag des Ablaufs der Frist, dann 5 Tage vorher und weiter 14 Tage vorher. Die Bürovorsteherin hat ihm aber hier die Akten nicht zur Berufungsbegründung vorgelegt, weil sie irrtümlich annahm, die Berufungsfrist enthalte schon die Berufungsbegründung. Die Begründungsfrist lief v. 30. Juni bis 30. Juli 1938. Am 20. Juli 1938 ging ein Schreiben des Anwalts des ersten Rechtszuges bei Rechtsanwalt X. ein, in welchem dieser schrieb, er halte weitere Ausführungen, als sie Rechtsanwalt X. in seiner Beschwerde gegen den Beschluß des OLG. v. 6. Juli 1938 gemacht habe, nicht für erforderlich. Als Rechtsanwalt X. dieses Schreiben sah, war der Termin für die erste Vorlegung der Akten zum Zwecke der Begründung der Berufung schon abgelaufen. Da die Handakten des Anwalts aber nur aus ganz wenigen Blättern bestanden, heißt es nicht, ihm zuviel ansinnen, wenn man ihm zumutet, daß er beim Eingang des Schreibens v. 20. Juli 1938 die Akten durchsah, und zwar auch auf die Frage hin, ob nicht Fristen, insbesondere die Frist für die Begründung der Berufung zu wahren seien. Dies muß man um so mehr von ihm verlangen, als seine noch jugendliche Bürovorsteherin vor ihrem Dienstantritt bei ihm noch in keinem Büro, in dem es auf Fristen ankam, gearbeitet und nur eine Unterweisung von einem Monat durch den früheren Bürovorsteher empfangen hatte, mag sie auch von dem Anwalt selbst und dem früheren Bürovorsteher auf die Wichtigkeit der Innehaltung von Fristen aufmerksam gemacht worden sein. Es genügt nicht, wenn der Rechtsanwalt einer Bürokraft die Führung des Fristenkalenders überträgt, zumal wenn es eine noch unerprobte Angestellte ist, der dieses Geschäft oblag — die Bürovorsteherin war im Juli 1938 noch nicht ein Jahr bei Rechtsanwalt X. tätig. Er mußte sie nicht nur überwachen und Stichproben machen, wie er dies alle zwei Monate getan hat, er mußte sich vielmehr auch im Einzelfalle bei Gelegenheit von der Innehaltung der Fristen überzeugen, und die vorliegende Sache bot diese Gelegenheit deshalb ganz besonders, weil die Handakten nur wenige Seiten umfaßte. Das läuft keineswegs darauf hinaus, wie die Beschwerde meint, daß dem Rechtsanwalt doch die Pflicht auferlegt würde, persönlich jede Frist zu kontrollieren. Es entspricht auch der Rechtsprechung, in derartigen Fällen von dem Anwalt zu erfordern, daß er seine Angestellten im Einzelfalle überwacht. (RGBeschl. v. 3. Jan. 1936, VII B 21/35: WarnRspr. 1936 Nr. 43 = JW. 1936, 1291 [8]; RGBeschl. v. 4. Juni 1937, II B 5/37: WarnRspr. 1937 Nr. 106.)

Danach hat das OLG. dem Kl. die beantragte Wiedereinsetzung mit Recht versagt.

(RG., VII. ZivSen., Beschl. v. 27. Sept. 1938, VII B 10/38.)

*

41. LG. — §§ 803, 887 ZPO. Die Vollstreckung aus einem Befreiungsanspruch, der in einer reinen Geldzahlung besteht, erfolgt nach § 803 ff., nicht § 887 ZPO.

Durch den angefochtenen Beschl. ist der Erlaß eines Pfändungsbeschlusses deshalb abgelehnt worden, weil das AG. der Auffassung ist, die Vollstreckung aus dem Urt. könne und müsse gemäß § 887 ZPO. (Erwirkung von Handlungen) erfolgen. Dem kann im vorliegenden Fall nicht beigetreten werden. Es mag zwar richtig sein, daß aus Befreiungsansprüchen in der Regel nicht nach § 803 ZPO. vollstreckt werden kann (Jonas, Erl.-Buch, Vorbem. vor § 803 I Ziff. 3, § 887 II Ziff. 1 ZPO.). Im vorliegenden Fall erschöpft sich der Befreiungsanspruch in einer reinen Geldzahlung; die vorzunehmende Handlung stellt also lediglich eine Geldzahlung dar. Dann findet aber nicht § 887 ZPO., sondern § 803 ZPO. Anwendung (vgl. Erl.-Buch Jonas, Anm. zu § 887 II Ziff. 1 ZPO.). Diese Regelung entspricht auch den praktischen Bedürfnissen. Eine Vollstreckung nach § 887 ZPO. hätte lediglich zur Folge, daß angeordnet werden müßte, der Schuldner hat den Urteilsbetrag vorschußweise an den Gläubiger zu zahlen und daß diese Anordnung dann doch wieder gemäß § 803 ZPO. vollstreckt werden müßte (Erl.-Buch Jonas, Vorbem. zu § 803 I Ziff. 3 ZPO.).

Demgemäß war der beantragte Pfändungsbeschluß zu erlassen.

(LG. Berlin, Beschl. v. 25. Sept. 1936, 257 T 10 823/36.)

*

42. LG. — §§ 835 ff., 887 ZPO. Die Vollstreckung eines Schuldtitels auf Sicherheitsleistung durch Hinterlegung einer bestimmten Geldsumme erfolgt nach § 835 ff., nicht § 887 ZPO.

Das AG. hat den Pfändungsantrag des Gl. zurückgewiesen, weil dessen Schuldtitel nur auf Sicherheit laute.

Die hiergegen eingelegte sofortige Beschw. ist begründet. Der Schuldtitel geht gegen den Bekl. zu 2 — den Schuldner — auf Verurteilung als Gesamtschuldner, für den am 15. März 1931 fälligen Wechsel v. 1. Dez. 1930 durch Hinterlegung von 980 RM zuzgl. 12,50 RM Protestkosten Sicherheit zu leisten.

Da der Schuldtitel auf Sicherheitsleistung durch Hinterlegung einer bestimmten Geldsumme lautet, bestehen gegen eine Vollstreckung nach §§ 835 ff. ZPO. keine Bedenken (vgl. Erl.-Buch von Jonas, Vorbem. I 3 vor § 803 ZPO.). Der sachlichen Prüfung des Antrages des Gläubigers stehen also keine Bedenken entgegen.

(LG. Berlin, Beschl. v. 14. Okt. 1938, 227 T 8981/38.)

Armenrecht

43. KG. — §§ 81, 119 ZPO.; § 1 ArmAnwG.; § 23 Ziff. 18 RAGebO. Beiordnung für die Zwangsvollstreckung ermächtigt nicht zum Tätigwerden in Verfahren, die sich, wie z. B. Interventionsprozesse, aus der Durchführung der Vollstreckung entwickeln können. Der gesetzliche Umfang der Prozeßvollmacht ist dabei bedeutungslos.

Der UrkB. hat den Antrag des dem Kl. als ArmAnw. für den ersten Rechtszug einschließlich der Zwangsvollstreckung beigeordneten BeschwF. auf Festsetzung von drei Gebühren von je 21 *RM* neben einer Zwangsvollstreckungsgebühr in Höhe von 12,60 *RM* abgelehnt, weil nur eine Zwangsvollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. in Frage komme und die gesamte Tätigkeit des BeschwF. abgelte.

Die Beschwerde ist der Auffassung, daß eine solche Abgeltung nicht stattgefunden habe. Denn aus der Beiordnung auch für die Zwangsvollstreckung ergebe sich sowohl die Pflicht wie das Recht des beigeordneten Anwalts, innerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens zugunsten der Partei tätig zu werden, soweit eine Tätigkeit im Zusammenhang mit der Zwangsvollstreckung überhaupt notwendig werde. Hierzu gehöre aber, wie auch der gesetzliche Umfang der Prozeßvollmacht nach § 81 ZPO. ergebe, eine Tätigkeit hinsichtlich der Ansprüche Dritter, so also insbes. auch die Abwehr von Interventionsansprüchen. In dieser Richtung sei er in drei Fällen tätig geworden. Danach sei für ihn in jedem dieser Fälle als je einem besonderen Verfahren eine halbe Prozeßgebühr gemäß § 14 RAGebO. erwachsen und aus der Reichskasse zu erstatten.

Diese Auffassung des BeschwF. ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt. Sie übersieht in erster Reihe, daß nach § 119 Abs. 1 ZPO. das Armenrecht für jede Instanz gesondert bewilligt wird, womit eindeutig zum Ausdruck gebracht ist, daß insbes. auch jedes Verfahren, welches sich nach den Regeln des Verfahrensrechts als Instanz für sich darstellt, der gesonderten Armenrechtsbewilligung und Anwaltsbeiordnung bedarf. Nicht der Umfang der Prozeßvollmacht, die z. B. in gleicher Weise auch zur Einleitung eines Wiederaufnahmeverfahrens ermächtigt, sondern die besonderen Bestimmungen über das Armenrecht sind hier maßgebend. So umfaßt z. B. nach allgemeiner Auffassung und ständiger Rspr. grundsätzlich die Beiordnung für das Zwangsvollstreckungsverfahren schon nicht mehr die Befugnis, die Partei auch in einem Beschwerdeverfahren innerhalb der Zwangsvollstreckung zu vertreten. Dieser Grundsatz hat nur mit Rücksicht auf das sog. notwendige Armenrecht des § 119 Abs. 2 ZPO. eine gewisse Einschränkung insofern erfahren, als es sich um die Verteidigung gegen Beschwerden des Schuldners zur Abwehr von Zwangsvollstreckungsmaßregeln des Gläubigers handelt (vgl. grundf. Entsch. des Sen. v. 29. Juni 1935 bei Gaedeke, „Kostenrechtsprechung“ 1938, Nr. 578 B und 619). Für eine Erweiterung dieses besonders gelagerten Ausnahmefalles etwa dahin, die Beiordnung auch auf besondere Verfahren, die von dritter Seite gegen die Durchführung der Zwangsvollstreckung eingeleitet werden, auszudehnen, fehlt es dagegen an jeder rechtlichen Handhabe.

Es ist deshalb schon aus diesem Grunde abwegig, wenn der BeschwF. für sich in Anspruch nimmt, auch in Interventionsprozessen, die sich im Anschluß an die Durchführung einer Zwangsvollstreckung, für welche das Armenrecht bewilligt und die Beiordnung ausgesprochen ist, entwickeln, gleichfalls ohne neue ausdrückliche Armenrechtsbewilligung und Beiordnung als ArmAnw. mit Wirkung der Reichskasse gegenüber tätig werden zu können.

Darüber hinaus ist es in sich widerspruchsvoll, wenn der BeschwF. einerseits auf eine Tätigkeit im Zwangsvollstreckungsverfahren Gebührenansprüche stützt, andererseits aber die Gebühren hierfür nicht aus der dann allein maßgeblichen Vorschrift des § 23 Ziff. 18 RAGebO. entnimmt, sondern daneben gesondert und ergänzend die Vorschriften der §§ 13 Ziff. 1, 14 RAGebO. heranziehen will, die lediglich für ein gesondertes Prozeßverfahren in Frage kommen. Entweder ist daher die vom BeschwF. in Hinsicht auf eine Freigabe der Pfandsachen entwickelte Tätigkeit eine solche im Zwangsvollstreckungsverfahren. Dann ist sie durch die ihm zugebilligte Zwangsvollstreckungsgebühr aus § 23 Ziff. 18 RAGebO. in vollem Umfange abgegolten, wie dies der UrkB. angenommen hat. Oder aber es handelt sich um eine Tätigkeit betr. neue Prozeßverfahren. Dann wird sie von der bisherigen Armenrechtsbewilligung und Beiordnung nicht mit umfaßt.

(KG., 20. ZivSen., Beschl. v. 29. Okt. 1938, 20 W 4629/38.)

*

44. OLG. — §§ 124, 106, 100 ZPO.; § 51 RAGebO.

I. Kostenfestsetzung und Ausgleichung zwischen Kl. und mehreren Bekl., die durch denselben ArmAnw. vertreten sind, im Falle des Obsiegens nur des einen Streitgenossen. Festsetzung für den ArmAnw.

II. Kostenerstattungsanspruch des Kl. in solchem Falle im Zweifel nur nach dem Kopfteil des unterliegenden Streitgenossen. †)

Beiden Bekl. war das Armenrecht bewilligt und der RA. R. in D. als gemeinsamer Armenanwalt beigeordnet worden. Durch das Urt. v. 4. Febr. 1938 sind die Gerichtskosten des zweiten Rechtszugs zu drei Vierteln dem Kl., zu einem Viertel dem Bekl. B. auferlegt worden. Von den außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits hat nach diesem Urt. der Kl. die im Verhältnis zu dem Bekl. Sch. entstandenen voll, von den im Verhältnis zu dem Bekl. B. entstandenen zwei Drittel zu tragen, während B. das restliche Drittel dieser Kosten zu tragen hat. RA. R. sind auf seinen Antrag 114,72 *RM* Gebühren und Auslagen aus der Reichskasse erstattet worden. Den Rest der ihm für seine Tätigkeit zustehenden Kosten von 103,43 *RM* hat der Urkundsbeamte gemäß § 124 ZPO. als von dem Kl. an RA. R. als Armenanwalt des Bekl. Sch. zu erstattende Kosten festgesetzt. Diesen Betrag hat RA. R. von dem Kl. auch gezahlt erhalten. Der Kl. hat nach § 106 ZPO. Ausgleichung der im Verhältnis zwischen ihm und dem Bekl. B. entstandenen Kosten beantragt und seine Kosten dabei auf 276,34 *RM* berechnet. Der Urkundsbeamte hat ihm einen Betrag von 16,02 *RM* (ein Viertel der von ihm gezahlten Gerichtskosten von 60 *RM* mit Festsetzungsgebühr) zugebilligt, es aber abgelehnt, außergerichtliche Kosten für ihn festzusetzen, weil ihm — nach Ausscheidung der Gerichtskosten — 216,34 *RM* Kosten entstanden seien, er aber nach der von dem Urkundsbeamten vorgenommenen Berechnung 216,95 *RM* zu tragen habe. Das LG. hat die von dem Kl. erhobene Erinnerung zurückgewiesen. Auch die Beschw. des Kl. ist nicht begründet.

Nach dem Urt. v. 4. Febr. 1938 hat der Kl. die Kosten zu tragen, die im Verhältnis zu dem Bekl. Sch. entstanden sind. Da der obsiegende Streitgenosse nach der herrschenden Meinung (Beschl. des erk. Sen. 14 W 689/36 v. 8. Dez. 1936, Kartei Nr. 67; Stein-Jonas, 15. Aufl., § 100 IV und die bei Fußnote 24 aufgeführte Rspr., sowie Willenbücher, 12. Aufl., S. 127/128 mit Nachweis weiterer Rspr.) grundsätzlich nur die Erstattung des ihn treffenden Kopfteils der durch die gemeinsame Vertretung entstandenen Anwaltsgebühren verlangen kann, hat der Kl. dem Bekl. Sch. die Hälfte des von RA. R. für die Vertretung beider Bekl. angesetzten Betrages von 218,15 *RM*, mithin 109,08 *RM* zu erstatten. Da auch der Armenanwalt bei der Festsetzung aus § 124 ZPO. nur denjenigen Teil seiner Gesamtgebühren geltend machen kann, der dem Anteil (Kopfteil) des obsiegenden Streitgenossen entspricht (KG.: ROLG. 13, 120 und JW. 1938, 1193; Gaedeke, „Schriftenreihe der JW.“ Heft 3 S. 14; Rittmann-Wenz, 16. Aufl., S. 696), hätte der Urkundsbeamte bei der Festsetzung der RA. R. als Armenanwalt des Bekl. Sch. von dem Kl. zu erstattenden Kosten von einem Betrage von 109,08 *RM* ausgehen müssen. Er hätte aber weiterhin nicht außer Betracht lassen dürfen, daß, wenn ein Armenanwalt mehreren Personen als Streitgenossen beigeordnet ist, die ihm aus der Reichskasse gezahlten Beträge als für die armen Streitgenossen zu gleichen Anteilen gezahlt gelten (Rittmann-Wenz S. 693) und von der grundsätzlich von dem Kl. an den Bekl. Sch. zu erstattenden Hälfte der Kosten des RA. R. die Hälfte des ihm aus der Reichskasse erstatteten Betrags von 114,72 *RM*, mithin 57,36 *RM* absetzen müssen. Denn diesen Teil zieht die Reichskasse ja von dem insoweit unterlegenen Kl. bei (OLG. Kiel: JVBl. 1935, 274). Für RA. R. durften daher in dem Beschl. des Urkundsbeamten v. 10. Febr. 1938 nur 109,08 *RM* — 57,36 *RM* = 52,72 *RM* und nicht, wie geschehen, 103,43 *RM* festgesetzt werden.

Diese — nicht angefochtene und daher in Rechtskraft erwachsene — falsche Festsetzung der im Verhältnis zwischen dem Kl. und dem Bekl. Sch. entstandenen Kosten hat zur Folge, daß bei der Ausgleichung der im Verhältnis zwischen dem Kl. und dem Bekl. B. entstandenen Kosten der Kostenanteil außer Betracht zu bleiben hat, der über den Betrag von 52,72 *RM* hinaus zugunsten des RA. R. festgesetzt worden ist. Es kann in diesem Falle nichts anderes gelten, als wenn ein Streitgenosse zur Bezahlung des gemeinsamen Anwaltes mehr als seinen Kopfteil beigetragen hat. Ebenso wie er in diesem Falle die Erstattung des wirklich Aufgewendeten verlangen kann und dadurch einen Erstattungsanspruch des Streitgenossen ausschließt, der nichts zu den Kosten des gemeinsamen Anwaltes beigetragen hat, kann der unterlegene arme Streitgenosse nicht Kosten zur

Ausgleichung bringen, die, wenn auch zum Teil zu Unrecht, bereits im Verhältnis zu dem obsiegenden Streitgenossen erstattet worden sind. Andererseits darf, und das verkennt der Kl., nicht daran vorbeigegangen werden, daß auch aus der Reichskasse gezahlte Armenanwaltsgebühren Kosten sind, die der armen Partei, wenn auch wegen der Wirkungen des ihr bewilligten Armenrechts, zunächst nicht aus ihrem Vermögen, entstanden sind. Sie sind daher im Falle der Ausgleichung nach § 106 ZPO. wie eigene Aufwendungen der armen Partei den Kosten des Gegners gegenüberzustellen (Rittmann-Wenz S. 698 und Willenbücher, 12. Aufl., S. 144). Andernfalls würde das nicht zu rechtfertigende Ergebnis eintreten, daß der Gegner einer armen Partei sich lediglich deshalb besser steht, weil der Gegenpartei das Armenrecht bewilligt ist (vgl. auch Willenbücher a. a. O.). Es können deshalb als auf seiten des Bekl. B. entstandene Kosten zwar nicht, wie es zu geschehen hätte, wenn der Urkundsbeamte die Festsetzung der RA. R. als Armenanwalt des Bekl. Sch. zu erstattenden Gebühren und Auslagen richtig vorgenommen hätte, 109,07 RM (Hälfte der Kosten beider Bekl.) bei der im Verhältnis zwischen ihm und dem Kl. vorzunehmenden Ausgleichung eingesetzt werden. Es müssen aber die 57,36 RM in Ansatz gebracht werden, die von den aus der Reichskasse an RA. R. gezahlten Armenanwaltskosten anteilig auf den Bekl. B. entfallen.

Hinsichtlich der Kosten, die auf seiten des Kl. entstanden sind, kann zweifelhaft sein, ob sie in voller Höhe oder nur mit einem Kopfteil zur Ausgleichung heranzuziehen sind. Die Meinungen in dieser Frage sind geteilt. Während Willenbücher S. 129 Anm. 3 und die dort aufgeführte Entsch. des LG. Berlin die erste Auffassung vertreten, ist das KG.: JW. 1931, 2044 der Meinung, daß der nur gegen einen Streitgenossen obsiegende Gegner von dem unterlegenen Streitgenossen auch nur den Kopfteil, bei zwei Streitgenossen also die Hälfte seiner eigenen Kosten in Ansatz bringen kann. Der Senat schließt sich in dieser Frage der in RGZ. 41, 399 auch vom RG. vertretenen Auffassung des KG. an. Es kann, worauf das KG. zutreffend hinweist, nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß die Kosten des Gegners der Streitgenossen eben doch von Anfang an jeden Streitgenossen nur anteilig, wenn also eine verschiedene Beteiligung der einzelnen Streitgenossen am Rechtsstreit nicht festzustellen ist, zu gleichen Teilen betreffen (so auch Warneyer, „ZPO.", 6. Aufl., § 100 V). Von den auf seiten des Kl. entstandenen Kosten von 261,34 RM kann also nur die Hälfte mit 108,17 RM zur Ausgleichung herangezogen werden.

Es sind also auszugleichen

108,17 RM Kosten des Kl.
57,36 RM Kosten des Bekl. B.

165,53 RM.

Hiervon haben nach dem Urt. der Kl. zwei Drittel oder 110,35 RM, der Bekl. B. ein Drittel oder 55,18 RM zu tragen. Da der Kl. 110,35 RM zu tragen hat, aber nur 108,17 RM aufgewendet hat, steht ihm ein Erstattungsanspruch gegen den Bekl. B. nicht zu. Die unrichtige Festsetzung in dem Beschl. vom 10. Febr. 1938 kann an diesem Ergebnis nichts ändern. Denn durch diesen Beschl. ist nicht der Bekl. B., sondern RA. R. begünstigt. Bei richtiger Festsetzung für den Bekl. Sch. bzw. für RA. R. und richtiger Ausgleichung zwischen dem Kl. und dem Bekl. B. hätten gegenübergestellt werden müssen 108,17 RM Kosten des Kl. und 109,07 RM Kosten des Bekl. B., und es hätte der Kl. von dem Gesamtbetrage dieser Kosten in Höhe von 217,24 RM zwei Drittel oder 144,83 RM zu tragen gehabt. Da er nur 108,17 RM aufgewendet hat, hätte er 144,83 RM — 108,17 = 36,66 RM an B. erstatten müssen; nur in diesem Umfange hätte RA. R. für B. Erstattungsansprüche gegen den Kl. erwerben können. Er, nicht der Bekl. B., hat daher durch die unrichtige Festsetzung von 14,05 RM (50,71 RM — 36,66 RM) einen in diesem Verfahren nicht mehr ausgleichbaren Vorteil erlangt.

Der Entsch. des LG. ist daher im Ergebnis beizutreten.

(OLG. Dresden, 14. ZivSen., Beschl. v. 20. Juli 1938, 14 W 219/38.)

Anmerkung: Von dieser Entsch. interessiert als grundsätzlich bedeutungsvoll allein der Standpunkt des OLG. Dresden zu der Frage, wie bei (teilweisem) Obsiegen des Kl. gegen mehrere Streitgenossen sich sein Kostenerstattungsanspruch berechnet. Nach richtiger Ansicht, welche allein der Tatsache der gleichzeitigen Inanspruchnahme mehrerer Bekl. gerecht wird, kann dies nur so geschehen, daß die dem Kl. entstandenen Kosten im Verhältnis zu jedem der einzelnen beklagten Streitgenossen, d. h. eben nur nach Kopfteilen berechnet werden, solange nicht gerade eine verschiedene Beteiligung der einzelnen am Rechtsstreit festgestellt wird. Das ist ja auch die dem § 100 ZPO. zugrunde liegende ratio, und ist der vom KG. (KostS.) in seiner grundsätzlichen Entsch. v. 12. Jan. 1931 (Gaedeke, „KostRspr." 1938 Nr. 410) in Übereinstimmung mit dem RG. ausführlich begründete Standpunkt, dem nunmehr auch OLG. Dresden sich anschließt. Es lehnt damit ausdrücklich die von Willenbücher vertretene Auffassung, die sich, und zwar ohne Begründung, nur auf eine Entsch. des LG. Berlin v. 27. Febr. 1930 stützt, ab.

Im übrigen ist zur Handhabung der Berechnung, wenn der ArmAnw. aus § 124 ZPO. die Festsetzung betreibt, nur zu sagen, daß selbstverständlich der ArmAnw., der nur für einen Streitgenossen obsiegt, nicht anders dasteht als seine Partei. Auch für ihn kann demgemäß nur der den obsiegenden Streitgenossen betreffende Kopfteil festgesetzt werden (so auch KG. (KostS.) v. 19. Febr. 1938 bei Gaedeke Nr. 770 a).

Desgleichen unterliegt auch die nur anteilige Verrechnung der Zahlung aus der Reichskasse in solchem Falle nicht den geringsten Bedenken. KGR. Dr. Gaedeke, Berlin.

*

45. LG. — Art. I Abs. 3 Ges. v. 13. Dez. 1935 findet keine Anwendung bei Klagen auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes. Diese fallen nicht unter den Begriff „Ehesachen".

RA. R. ist dem Bekl. in diesem Rechtsstreit auf Anfechtung der Ehelichkeit des Bekl. als ArmAnw. beigeordnet worden. In dem Antrag auf Erstattung der Armenanwaltskosten v. 10. Aug. 1938 hat er die zu erstattenden Gebühren und Auslagen auf zusammen 107,42 RM berechnet. Der UrkB. hat den zu erstattenden Betrag jedoch nur auf 73,77 RM mit der Begründung festgesetzt, es handle sich bei der Klage auf Anfechtung der Ehelichkeit um eine Ehesache. Er hat deshalb die Gebühren gemäß Art. I Abs. 3 Ges. v. 13. Dez. 1935 berechnet.

Die Erinnerung ist begründet. Ehesachen i. S. des Art. I Abs. 3 Ges. v. 13. Dez. 1935 sind, ebenso wie nach § 11 GKG., nur die unter § 606 fallenden Rechtsstreitigkeiten, also solche Streitigkeiten, die die Scheidung, Nichtigkeit oder Anfechtung einer Ehe oder die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Ehe zwischen den Parteien oder die Herstellung des ehelichen Lebens zum Gegenstand haben. Andere Familienstandssachen, insbes. Klagen auf Anfechtung der Ehelichkeit eines Kindes, fallen nicht unter den Begriff der „Ehesachen" (vgl. JW. 1935, 803). Auf sie findet die Vorschrift des Art. I Abs. 3 Ges. v. 13. Dez. 1935 keine Anwendung (vgl. Gaedecke, „Armenanwaltskostengesetz" S. 103).

(LG. Schneidemühl, Beschl. v. 16. Sept. 1938, 2 R 34/38.)

Gerichtskosten

46. KG. — § 10 Abs. 2 DGKG.; § 6 ZPO. Kein besonderer Streitwert für den Feststellungsantrag neben dem Zahlungsantrage im Unterhaltsprozeß des unehelichen Kindes.

Der Senat hat bereits in dem Beschl. v. 20. Mai 1938 (8 W 1569/38: JW. 1938, 1909) ausgesprochen, daß der im amtsgerichtlichen Unterhaltsprozeß neben dem Zahlungsantrage gestellte Antrag auf Feststellung der Vaterschaft wertmäßig nicht weiter in Betracht zu kommen habe. Und zwar aus der Erwägung heraus, daß dieser — formularmäßig und ohne besondere Begründung gestellte — Antrag nach der Anerkennung der besonderen Klage auf Feststellung der blutmäßigen Abstammung durch das Urteil des RG. v. 14. Okt. 1937: JW. 1937, 3041 keine besondere Bedeutung mehr für die Klarstellung des Abstammungsverhältnisses habe, als rein vermögensrechtlicher Anspruch neben dem Unterhaltsanspruche zu betrachten und als solcher im Regelfalle ohne Vermögenswert sei.

An dieser Auffassung hat der Senat sodann auch gegenüber aufgetretenen Bedenken festgehalten. Er hat zu dieser Frage im Beschl. v. 5. Aug. 1938, 8 W 3091/38 erwogen, daß der Feststellungsantrag zweifellos dann für das Kind von gewisser Bedeutung sei, wenn sich etwa nach Vollendung des 16. Lebensjahres die Notwendigkeit weiterer Unterhaltsleistung seitens des Vaters ergebe, da dann die Vaterschaft auf Grund des Feststellungsurteils nicht weiter in Zweifel gezogen werden könne. Und der Senat hat auch weiterhin die Möglichkeit unterstellt, daß schon bis zur Vollendung des 16. Lebensjahres eine Erhöhung des Anspruchs auf Unterhaltsrente in Frage kommen konnte. Allein er hat diese Möglichkeiten für den praktischen Normalfall als außer-

ordentlich gering und es schon aus diesem Grunde als abwegig angesehen, für den Feststellungsantrag einen dem Unterhaltsanspruche gleichwertigen Streitwert anzunehmen.

Von diesen Erwägungen abgesehen, hat der Senat aber auch bereits in diesem Beschlusse geglaubt, dem Feststellungsantrage in Rücksicht auf die Regelung des Streitwerts für die auf gesetzlicher Vorschrift beruhende Unterhaltspflicht im § 10 Abs. 2 DGKG. einen besonderen Wert neben dem Zahlungsantrage überhaupt nicht zusprechen zu dürfen. § 10 Abs. 2 DGKG spricht, wie hier wiederholt sein mag, wortlautmäßig allerdings nur davon, daß bei den Ansprüchen auf „Erfüllung" der Unterhaltspflicht der Wert des Rechtes auf die wiederkehrenden Leistungen auf den Betrag des einjährigen Bezuges zu berechnen sei. Allein den Anspruch auf „Erfüllung" allein auf den Zahlungsanspruch zu beschränken, erscheint als eine „zu enge" Wortauslegung, welche dem Geiste des Gesetzes nicht gerecht wird. Dem im § 10 Abs. 2 DGKG. enthaltenen Grundsatze der streitwertmäßigen Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatze des § 9 ZPO. wird man vielmehr nur entsprechen, wenn der in dem Rechtsstreit befangene Unterhaltsanspruch, ebenso gleichgültig wie lange er läuft, auch unabhängig von der Form, in der er geltend gemacht wird, mit dem Jahresbetrag der Rente bewertet wird. So kann es folgerichtig keinen Unterschied machen, ob es sich um einen Zahlungs- oder Feststellungsantrag handelt. In richtiger Würdigung dieser Sachlage ist auch bereits für die negative Feststellungsklage des Vaters und für die Vollstreckungsgegenklage mit dem Ziele der Befreiung von der Verbindlichkeit ebenfalls § 10 Abs. 2 a. a. O. angewandt worden (s. Rittmann-Wenz, „Gerichtskostengesetz", Bem. 7 Abs. 2 zu § 10, 17. Aufl., S. 136). Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß die Rechtskraft einer — isolierten — Klage des Kindes auf Feststellung der Unterhaltspflicht des angeblichen Vaters sowie der negativen Feststellungsklage des letzteren Rechtskraftwirkungen sowohl hinsichtlich der Zeit vor als auch nach der Vollendung des 16. Lebensjahres des Kindes etwa in Frage kommenden Ansprüche umfaßt. Und es muß deshalb als dem Sinn des § 10 Abs. 2 a. a. O. widersprechend angesehen werden, wenn dem neben dem Zahlungsantrage gestellten Feststellungsantrage noch eine werterhöhende Bedeutung zugebilligt wird.

Dieser Auffassung kann auch nicht entgegengehalten werden, daß bei Schadensersatzprozessen der Antrag auf Feststellung der Schadensersatzpflicht neben dem Rentenantrage aus §§ 843/844 BGB. (s. § 10 Abs. 3 DGKG.) anerkanntermaßen eine besondere Bewertung erfährt. Haben doch der Feststellungsantrag neben der Unterhaltsforderung und der Feststellungsantrag neben der Forderung auf (Schadensersatz-) Rente eine innerlich verschiedene Bedeutung. Der Feststellungsantrag im Schadensersatzprozesse (§ 10 Abs. 3) wird gestellt, um neben den aus den Vorschriften der §§ 843/844 BGB. fließenden Ansprüchen (Entschädigung für die verminderte Erwerbsfähigkeit und die Vermehrung der Bedürfnisse, Unterhaltswegfall-Entschädigung) die Ersatzpflicht für die besonderen, einmaligen oder sich aus anderen Gründen als denen der §§ 834/844 BGB. wiederholenden Schäden (z. B. Arztkosten, Heilbehandlung in Sanatorien usw.) sicherzustellen. Der Feststellungsantrag erweitert also in diesem Falle bei seiner zeitlich neben der Rentenpflicht einsetzenden Wirkung das Volumen des Anspruchs.

So aber liegt die Sache bei dem Antrage auf Feststellung der Vaterschaft nicht. Von einer sofortigen Erweiterung des Anspruchs kann keine Rede sein. Etwaige Änderungen bzgl. der Unterhaltsrente können nach § 323 ZPO. erreicht werden. Es bedarf dazu nicht der Feststellung. Dieselbe kann aber immerhin den Sinn haben, für alle Fälle für die Zeit nach der Vollendung des 16. Lebensjahres des Kindes die rechtskräftige Grundlage zu schaffen. Dann aber hat die Unterhaltsleistung ebenfalls in der Form einer Rente zu erfolgen, so daß der Feststellungsantrag hier jedenfalls nichts anderes als die — eventuelle — Fortsetzung der Rentenzahlung im Auge haben kann. Ob dies an sich für die Feststellung aus § 256 ZPO. genügt, ist eine andere Frage, die hier nicht der Entscheidung bedarf. Das Feststellungsbegehren muß jedoch bei sachgemäßer Auslegung des § 10 Abs. 2 DGKG. als von dem „Anspruch auf Erfüllung einer gesetzlichen Unterhaltspflicht" mit umfaßt und streitwertmäßig als durch die Gebühr nach dem Jahresbetrag der Rente abgegolten angesehen werden.

Die besondere Bewertung des Feststellungsantrags neben dem Zahlungsantrage im Unterhaltsprozesse des unehelichen Kindes ist dementsprechend abzulehnen.

(KG., 8. ZivSen., Beschl. v. 30. Sept. 1938, 8 W 3918/38.)

47. RG. — § 84 Abs. 1 DGKG.; § 6 Abs. 1 PrGKG.; § 839 BGB.; §§ 15 Ziff. 12, 16 Ziff. 1 KassenO. für die Justizbehörden v. 28. Mai 1907.

1. Will das Gericht die Vornahme einer beantragten Amtshandlung gemäß § 84 Abs. 1 DGKG. oder § 6 Abs. 1 PrGKG. von der Einzahlung eines Vorschusses abhängig machen, dann muß es dies gegenüber dem Antragsteller deutlich zum Ausdruck bringen; die bloße Einforderung des Vorschusses reicht nicht aus, zumal wenn dem Antragsteller keine Frist zur Einzahlung gesetzt wird.

2. Zur Frage, ob der Abteilungsrichter eine ihm obliegende Amtspflicht verletzt, wenn er den Eingang der angeforderten Gerichtskostenvorschüsse und deren ordnungsmäßige Verwendung nicht überwacht.

§ 84 Abs. 1 Satz 2 DGKG. stellt eine Erweiterung der in den Prozeßordnungen nur vereinzelt gegebenen Befugnis dar, die Vornahme der beantragten richterlichen Handlung von der Zahlung des Vorschusses abhängig zu machen. Wie nun die im § 379 ZPO. vorgesehene Abhängigmachung der Zeugenladung von der vorherigen Hinterlegung eines Vorschusses durch eine dem Beweisführer zu machende Auflage erfolgen muß, so muß auch in den Fällen des § 84 Abs. 1 Satz 2 DGKG. und des § 6 Abs. 1 Satz 2 PrGKG. schon im Interesse der Rechtssicherheit verlangt werden, daß das Gericht, wenn es die Vornahme der beantragten Amtshandlung von der Einzahlung eines Vorschusses abhängig machen will, dies gegenüber dem Antragsteller zum Ausdruck bringt, zumal diesem gegen die Abhängigmachung im Fall des § 84 Abs. 1 Satz 2 DGKG. die Beschwerde, im Fall des § 6 Abs. 1 Satz 2 PrGKG. die Erinnerung zusteht. Die bloße Einforderung eines Vorschusses, zumal ohne daß dem Antragsteller eine Frist zur Einzahlung gesetzt wird, genügt daher nicht, noch weniger die Verfügung einer Frist zur Wiedervorlage der Akten durch den Richter, wenn die Geschäftsstelle von sich aus einen Vorschuß erfordert hat. Daß abgesehen von den Fällen, in denen das Gericht die Vornahme der Amtshandlung von der Einzahlung des Vorschusses abhängig gemacht hat, der Abteilungsrichter den Eingang von Vorschußzahlungen und sonstigen Kosten nicht zu überwachen hat, sondern daß dies und die ordnungsmäßige Verwendung der eingezahlten Kosten Sache der Geschäftsstelle ist, hat das BG. zutreffend angenommen (vgl. auch § 15 Ziff. 12, § 16 Ziff. 1 und 7 der Kassenordnung für die Justizbehörden vom 28. Mai 1907 [JMBl. 1907, 127]). Die Rev. will eine Pflicht des Abteilungsrichters zur Überwachung des Eingangs eines von der Geschäftsstelle eingeforderten Vorschusses weiter damit begründen, daß der Richter, wenn innerhalb der zur Wiedervorlage der Akten bestimmten Frist der Vorschuß nicht eingegangen sei, nun von sich aus gem. § 84 Abs. 1 Satz 2 DGKG. zu verfahren habe. Allein nach der Fassung dieser Vorschrift in der hier maßgebenden Zeit (in den Jahren 1929 bis September 1931) hatte der Richter nach freiem Ermessen darüber zu entscheiden, ob er die Vornahme der Amtshandlung von der Einzahlung des Vorschusses abhängig machen wollte. Die Ausübung dieses Ermessens war unabhängig davon, ob ein von der Geschäftsstelle erforderter Vorschuß nicht eingezahlt war. Zudem kann bei Ermessensentscheidungen eines Beamten nach der Rspr. des RG. nur dann eine Amtspflichtverletzung in Frage kommen, wenn der Beamte aus reiner Willkür oder unter mißbräuchlicher, die Grenzen einer sorgfältigen und verständigen Ausübung überschreitender Anwendung des Ermessens gehandelt hat (vgl. RGZ. 126, 164 [166] = JW. 1930, 1189; RGZ. 140, 423 [430] = JW. 1934, 25²; RGZ. 146, 35 [39] = JW. 1935, 1150⁵; RGZ. 154, 266 [269] = JW. 1937, 1966⁴).

(RG., V. ZivSen., U. v. 3. Okt. 1938, V 93/38.) [N.]

Hauptschriftleiter: Rechtsanwalt Rudolf Hensen, Berlin W 35, Lützowufer 18 II. Stellvertreter: Schriftleiter Rudolf Leppin, Berlin. Anzeigenleiter: Paul Goldstein, Leipzig C 1, Dresdner Str. 11/13. Durchschnittsaufl. 3. Vj. 38: 20000. Druck: Oscar Brandstetter, Leipzig. Verlag: W. Moeser Buchhandlung, Leipzig.